

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

Felipe de Farias Ramos

**O INSTITUCIONALISMO DE SANTI ROMANO: POR UM  
DIÁLOGO ENTRE POSIÇÕES CRÍTICAS À  
MODERNIDADE JURÍDICA**

Florianópolis/SC

2011



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

Felipe De Farias Ramos

**O INSTITUCIONALISMO DE SANTI ROMANO: POR UM  
DIÁLOGO ENTRE POSIÇÕES CRÍTICAS À  
MODERNIDADE JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Programa de Mestrado *Stricto Sensu*, área de concentração Teoria, Filosofia e História do Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior

Florianópolis/SC

2011



**FELIPE DE FARIAS RAMOS**

**O INSTITUCIONALISMO DE SANTI ROMANO: POR UM  
DIÁLOGO ENTRE POSIÇÕES CRÍTICAS À  
MODERNIDADE JURÍDICA**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de concentração Teoria, Filosofia e História do Direito.

Florianópolis, 29 de julho de 2011.

---

Coordenador do Curso: Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel

**Banca examinadora:**

---

Presidente e orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior

---

Membro: Prof. Dr. Selvino Assmann

---

Membro: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Silvana Winckler



## AGRADECIMENTOS

Ao meu amigo, jurista, professor e orientador, Arno Dal Ri Júnior – penhor destes escritos, base segura que os tornou possíveis moral e intelectualmente;

Aos irmãos que a vida – soberana vida – me deu: Tiago Mathyas Ferrador (amigo de infância, que tanto me ensinou e tanto me ensina – ainda no momento final de revisão da dissertação), e Eduardo Pinheiro Granzotto da Silva, o Sorriso (que, distante, continua tão perto – para o bem e para o mal, na eterna saga humana);

A Matheus Almeida Caetano, amigo de resistência intelectual no mestrado da UFSC, especialmente quando a pós-graduação teve ‘a aridez de três desertos’;

A todo o pessoal da sala 313, sobretudo aos participantes do Grupo de Pesquisa em História do Direito, cujas reflexões, no limite, estão todas aqui. Em especial, a Gabriel Videira Silva, o Gabarito, pela ajuda na revisão do opúsculo;

Ao Márlio e ao Bruno que, mesmo sem saber, têm ajudado a dar sentido a muita coisa nesta vida acadêmica;





"A coisa mais importante da vida é ter certeza de que alguém gosta da gente" Antônio Cândido

"Um homem também chora, menina morena" Gonzaga Jr.;

"A raposa tem sua alcova; a andorinha, seu ninho; mas o filho do homem não tem onde repousar sua cabeça" Lucas 9 - 58,59;

"Somente onde há sepulturas pode haver ressurreições" Nietzsche;

"O fracasso nos humaniza" Luiz Felipe Pondé.

"Pobre gosta de luxo, quem gosta de miséria é intelectual" Joãozinho Trinta;

"Eu não existiria sem as minhas repetições" Nelson Rodrigues;



## RESUMO

Na tentativa de estabelecer um alinhavo, não linear embora, de autores críticos à Modernidade Jurídica, o trabalho parte da conceito de instituição de Santi Romano para, a partir daí, estabelecer um diálogo qualificado entre o jurista italiano e outras escolas e autores que, da mesma forma, voltam-se à problematização do modo pelo que o Direito é concebido a partir de fins do Século XVIII. Por meio do método dedutivo de abordagem, e lançando mão da pesquisa bibliográfica é que, então, foram escolhidos alguns traços centrais da obra romaniana : (a) antinormativismo; (b) anti-individualismo; (c) o direito visto ente objetivo e, por isso, traduzindo a organização social, sem relação com o ente estatal. A partir deles, a dissertação segue na tentativa de ver se e de que modo eles se fazem presentes ainda no cerne do pensamento da Escola História – com destaque aqui para Savigny -, e, ainda, no da Escola Positivista, de ênfase sociológica, francesa – sublinando neste passo o pensamento de Durkheim, Duguit e Hauriou (neste passo reunindo juristas anteriores ou contemporâneos a Romano). Seguindo a investigação – agora lançando mão de concepções de juristas posteriores a Santi Romano -, a obra destrinça ainda o pensamento decisionista de Carl Schmitt, como ainda, por fim, as concepções do historiador do Direito Paolo Grossi. Tudo isso como forma de engendrar um núcleo de posições teóricas defendidas por autores que, a despeito das flagrantes contradições existentes entre si, podem ser reunidos, em perspectiva histórica, num mesmo agrupamento de posições contestadoras do paradigma instaurado pela Modernidade Jurídica.

Palavras-chave: Santi Romano. Institucionalismo. Crítica à Modernidade. Escola Histórica do Direito. Positivismo Sociológico Francês. Carl Schmitt. Decisionismo. Paolo Grossi.



## **ABSTRACT**

In an attempt to establish an outline of the authors who were critical of Legal Modernity, our text takes the concept of institution in Santi Romano, in order to establish a dialogue between the Italian jurist and schools and other authors who also care about the questioning of the form that Law is designed in the late eighteenth century. Then, through the deductive method of approach and using the research literature, were chosen some central features of the works of Romano: (a) anti-normativism; (b) anti-individualism; (c) the Law as being objective, thereby reflecting the social organization, unrelated to the state. From them, our exposition follows in an attempt to see if and how these aspects are present in the heart of the 'Historical School' in the Philosophy of Law - in particular, Savigny - and also within the Positivist School, especially French and sociological - highlighting here the thought of Durkheim, Duguit, and Hauriou. Following the investigation, our work details the decisionist thought of Carl Schmitt, as well as the views of Paolo Grossi, historian of Law. All this as a way of engendering a core of theoretical positions defended by the authors who, despite the glaring contradictions between them, can be assembled in the same group of perspectives that challenges the legal paradigm introduced by Modernity.

**Keywords:** Santi Romano. Institutionalism. Legal Modernity Critics. Historical School of Law. French Sociological Positivism. Carl Schmitt. Decisionism. Paolo Grossi.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>17</b>
<b>1. A TEORIA DO DIREITO DE SANTI ROMANO: O INSTITUCIONALISMO</b>	<b>21</b>
1.1 O CONCEITO DE DIREITO – O ORDENAMENTO JURÍDICO	23
1.1.1 A crítica à instantaneidade do Direito Moderno	23
1.1.2 A identidade entre Ordenamento Jurídico e Instituição	26
1.1.3 Norma e sanção: caracteres secundários	31
1.1.4 O jurídico e o pré-jurídico: A problemática distinção de um jurista ou de um sociólogo?	35
1.2 A PLURALIDADE DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS	45
1.2.1 O Estado em Santi Romano	50
1.2.2 O Direito Internacional e o Direito Esclesiástico	54
1.2.3 Os distintos ordenamentos e o modo por que se relacionam	59
1.2.3.1 Instituições reconhecidas pelo Estado e por ele de algum modo reguladas	65
1.2.3.2 Instituições ignoradas pelo Estado ou por ele tidas como ilícitas	69
<b>2. A ESCOLA HISTÓRICA E O POSITIVISMO SOCIOLOGICO FRANCÊS</b>	<b>73</b>
2.1 ESCOLA HISTÓRICA: UMA INVESTIGAÇÃO HISTORICIZADA DOS FENÔMENOS HUMANOS	73
2.1.1 Pressupostos e caracterização geral	74
2.1.2 A concepção jurídica: postura inicial e desenvolvimentos	80
2.1.3 A celeuma Savigny versus Thibaut	89
2.2 O POSITIVISMO E O POSITIVISMO SOCIOLOGICO DENTRO DO HORIZONTE JURÍDICO	95
2.2.1 Durkheim: o direito derivado da solidariedade social	99
2.2.2 A concepção de Duguit	107
2.2.3 O institucionalismo de Hauriou	115

<b>3. O DECISIONISMO DE CARL SCHMITT E PENSAMENTO DE GROSSI</b>	<b>122</b>
3.1 DECISIONISMO DE SCHMITT E O INSTITUCIONALISMO	122
3.1.1 A crítica schmittiana ao liberalismo	123
3.1.2. A exceção e o soberano no pensamento de Schmitt: a crítica ao normativismo	133
3.1.3 As influências institucionalistas no seio do pensamento schmittiano: o pensamento do ordenamento concreto	141
3.2 PAOLO GROSSI – UMA HISTÓRIA DO DIREITO, UMA TEORIA DO DIREITO	150
3.2.1 A análise do historiador sobre a Idade Média	153
3.2.2 Crítica à simplicidade do Direito moderno: o olhar do historiador por sobre as mitologias jurídicas da Modernidade	159
3.2.3 As vozes românicas no pensamento de Paolo Grossi	166
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>174</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>181</b>



## INTRODUÇÃO

Tomada a Bastilha, eis que os revolucionários sagraram-se vencedores na França do final do século XVIII. A partir de então o mundo jurídico, coligado que sempre está com o político, nunca mais seria o mesmo: não mais a diversidade jurídica, na imbricada relação entre as fontes, teria chão; não mais o arcabouço jurídico legitimar-se-ia pela sua tradição; não mais a distinção entre os homens teria contornos jurídicos; nada de privilégios, nada de ofícios, nada de direitos adquiridos por meio da obscuridade em que grassava o passado.

A partir de então, a força política passa a legitimar-se na vontade soberana da Nação, e o Direito passa a ser a expressão dest'última, modelada que estava pela virtude natural enfeixada pelo Povo livre e igual em sua essência.

O Direito, outrora exterior e mesmo superior aos indivíduos, reduzira-se à simplicidade objetiva e formal de um comando a serviço do indivíduo: é a Lei estatal que, causa e penhor dos Direitos Naturais, desenha em sua completude os traços desse novel Direito, agora preocupado com a alteração do *statu quo*, na certeza de que o presente suplanta o passado, e de que o futuro, por meio do rumo traçado pela bússola da razão, é a esperança da concretização do projeto daqueles que, enfim, ousaram conhecer, para além do temor dos infelizes que antecederam esse grandioso momento histórico.

É a Modernidade Jurídica que se levanta e toma pé na história do pensamento jurídico, apresentando um novo modelo de juridicidade, cujos traços, até hoje, ecoam no inconsciente dos juristas hodiernos.

De fato, com alterações pontuais, o que se percebe na investigação da concepção reinante nas idéias dos teóricos do Direito é manutenção desse paradigma que se nega a enxergar o Direito para além da mera lei estatal; que se nega a ver na investigação jurídica algo que possa superar a individualidade humana; que se nega, enfim, a uma compreensão diversa de tudo quanto propagado durante esses mais duzentos anos.

Quiçá, aqui, o reconhecimento, em alguma medida, da interpretação no processo de constituição no Direito. Talvez, logo ali, a verificação da ampliação das formas de normatividade – na aplicação tão em voga dos princípios constitucionais. Acolá, outrossim, a percepção da dinâmica social no que precede o fenômeno jurídico,

aliada à fé liberal no direito como a proteção redentora do indivíduo – esse mesmo em si constituído em sua ilha abstrata.

Tudo isso num fervilhar de concepções que, amplíssimo, atravessa gerações de estudiosos, nas diversas Escolas que, embora contraditórias entre si, se mantêm uníssonas ao movimento regido pela batuta dos revolucionários franceses do Século XVIII.

O presente trabalho, no entanto, quer postar-se no outro lado; quer apontar que, no pentagrama dessa ópera sem dúvida respeitável, ainda há breves e semibreves esquecidas pelos violinos, há ainda síncopes mal executadas pelas violas, e contra-tempos postos de lado pelos violoncelos.

Destarte, numa abordagem que se vale predominantemente do método dedutivo, e lançando mão da documentação indireta, especificamente a pesquisa bibliográfica, a pretensão desta obra é, partindo do pensamento de Santi Romano, colocar, lado a lado, as concepções de teóricos ou Escolas críticos àquela tendência moderna, sem dúvida vitoriosa na presente quadra, instalada desde a Revolução Francesa.

É assim que se selecionaram, por razões que vão desde a empatia entre os pensadores e o pesquisador até a disponibilidade de cunho metodológico-bibliográfico, a Escola Histórica do Direito e a Escola do Positivismo Sociológico Francês (que datam de período ou anterior ou contemporâneo a Santi Romano), como ainda o decisionismo de Carl Schmitt e o pensamento do historiador do Direito florentino Paolo Grossi (já então pensadores posteriores a Santi Romano).

Vale dizer, tendo por marco teórico o institucionalismo de Santi Romano, tenciona-se, em perspectiva histórica, verificar em que medida é possível alinhar um diálogo entre as mencionadas concepções no que toca às ponderações críticas por elas formuladas à Modernidade Jurídica.

Com efeito, tentar-se-á formular um arranjo entre pontos constituintes da concepção romaniana (os quais, também eles, serão precisados em pormenor dentro do pensamento do jurista italiano) e as posições que constituem o cerne das posições defendidas pelas Escolas e autores arrolados.

Os traços de que se parte, dentro do institucionalismo de Romano, são estes: (a) o antinormativismo (que, se não pretende negar de forma absoluta a face normativa do Direito, coloca-a em segundo plano) com que trabalha o pensamento do autor italiano; (b) o anti-individualismo característico do Direito segundo Romano, pensando o Direito, em sua estrutura, para além do indivíduo e sua vontade; (c) a

concepção do jurista italiano que enxerga o fenômeno jurídico vivo, plural, radicado numa fonte social imprevisível em seu conteúdo; (d) o caráter “organizacional” que constitui o Direito, a ponto de permitir a equação “direito = organização social estabelecida”; e (e) a ausência de relação direta entre Direito e Estado.

A forma como trabalharão estas páginas é, sempre, passar em revista o pensamento dos demais autores para conferir até em que medida são possíveis aproximações.

A certeza de que os juristas objeto da presente pesquisa, até em função da distância temporal e teórica existente entre alguns deles, partem de concepções absolutamente diferentes entre si certamente haverá de amparar possíveis discordâncias havidas entre os pensadores pesquisados, sem que tal percalço impeça a aproximação, mesmo que parcial, de conclusões a que chegou cada um daqueles pensadores.

Em pormenor, o primeiro capítulo, firme na investigação do marco teórico do presente opúsculo, destrinçará os traços da teoria do Direito romaniana, deitando atenções, num primeiro momento, sobre a categoria básica do pensamento do autor (ordenamento jurídico, sinônimo, ver-se-á, de instituição), e, num segundo momento, sobre a principal consequência da concepção do autor, qual seja: a pluralidade de ordenamentos jurídicos, ocasião em que, também, se mostrará o modo pelo qual o Romano enfrenta a tarefa de descrever os distintos modos por que se relacionam os diferentes ordenamentos jurídicos.

O segundo capítulo tratará, num primeiro passo, da Escola Histórica, e os seus desenvolvimentos no particular jurídico – aqui com especial atenção voltada a seu grande nome, Savigny. Por meio de conhecida celeuma teórica existente entre est’último e outro jurista coetâneo seu, Thibaut, revelar-se-ão os caracteres que possibilitam, a despeito dos distintos pontos de partida, a união de certos traços, todos eles críticos à Modernidade, entre as concepções daquela escola e as de Romano.

Após o que, ainda em sede do segundo capítulo, será feita detida análise do Positivismo de corte sociológico típico da Escola Francesa, declinando seus pressupostos e principais traços. Feito tal esboço – que, sim, se reflete nas idéias de Romano – passa-se ao estudo de como esse paradigma vai alcançar as raias do jurídico por meio da pena de três grandes autores que participam do movimento – Durkheim, Duguit e Hauriou. Tratando de modo mais amplo o pensamento dos dois primeiros, o último será revisitado sobremodo no que tange à utilização em seu pensamento do termo, central em Romano, “instituição”, quando

então se poderão apontar traços que unem e afastam as concepções institucionalistas desses dois juristas.

O terceiro capítulo, a seu turno, ocupa-se, primeiramente, de Carl Schmitt, autor, ver-se-á, de ácida crítica ao normativismo e à preponderante consequência liberal de seu aceite. Verificado o traço decisionista de sua teoria do direito, será aludido, então, o modo pelo qual o autor alemão se vale das lições institucionais para formatar seu pensamento, de forte crítica às concepções jurídicas tipicamente modernas.

Por fim, ainda na terceira parte da dissertação, deitar-se-ão atenções por sobre o pensamento do historiador do Direito Paolo Grossi, como forma de revelar o modo pelo qual tal autor ultrapassa, em seu mister, a mera descrição histórica dos eventos, vindo a oferecer subsídios, retirados das lições romanianas, para que sejam enfrentados temas com que hoje deparam os juristas, sem que tenham meio para superá-los conforme os rigores tradicionais do Direito fundado na Modernidade.

Assim, será possível ver a continuidade histórica por que passaram as críticas à

Modernidade aqui desenvolvidas (em perspectiva, espera-se indicar a continuidade, não circularidade, de tais idéias): a Escola Histórica do Direito – século XVIII/ XIX – com marcada presença em solo alemão; o Positivismo Sociológico – século XIX/XX – com pronunciada expressão em França; Santi Romano – também ele autor do século XIX/XX – na Itália; Carl Schmitt – datado do século XX – novamente em solo tedesco; e, por fim, Paolo Grossi – pensador do século XX-XXI– defensor de idéias igualmente institucionalistas em terras italianas.

Com isso, espera-se formular um alinhavo em que, respeitadas as individualidades de cada um dos juristas pesquisados, sejam eles postos em proximidade, na perspectiva crítica em relação ao Direito nascido com a Revolução Francesa, cujos ecos até hoje se fazem ouvir.

Terá cumprido seu papel este opúsculo se os esforços aqui levados a efeito servirem, mesmo que introdutoriamente, àqueles estudiosos que, como o autor, têm severas dificuldades em submeter-se a verdades incontestáveis e a noções insubstituíveis, na certeza de que o verdadeiro jurista não se pode limitar à contemplação do dado, sendo-lhe ao revés essencial o questionamento crítico mesmo daquilo que certa tradição acadêmica, ou ainda a praxe tecnicista, dá por pronto e acabado.

## 1 A TEORIA DO DIREITO DE SANTI ROMANO: O INSTITUCIONALISMO

O capítulo de abertura do presente trabalho tem por escopo a investigação do pensamento de seu marco teórico: a concepção institucionalista do Direito de Santi Romano (1875/1947), jurista nascido em Palermo que, discípulo de Vittorio Emanuele Orlando (1860/1952), deu sólida contribuição, em terras italianas, para a constituição do Direito Público livre de sincretismos que o embaralhavam com o Direito Privado e outros ramos do conhecimento, como as ciências da administração e a própria ciência política<sup>1</sup>.

Professor universitário (com atuação destacada em Milão), Romano não se limitou à análise técnica do direito público – como se verá, o autor deitou atenções, com obras publicadas, por sobre o Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Internacional -, partindo ainda para as raízes da própria Teoria do Direito, onde foi o responsável, na Itália, por idéias institucionalistas (exatamente o objeto do presente trabalho).

Em 1928, sem nunca ter exercido qualquer outro cargo de natureza política, fora nomeado para a presidência do Conselho de Estado Italiano, cargo que ocupou, não sem percalços em sua carreira docente, até 1944, quando retornara às suas meditações teóricas, período de sua vida em que republicara sua obra maior relativa à Teoria do

---

<sup>1</sup> É constante, de fato, os apontamentos do autor relativos ao dever de o jurista, preocupado com seu objeto do conhecimento, retirar-se da análise sociológica ou política do Direito, em especial de Direito Público (tudo isso, ver-se-á, em razão da forte influência sofrida pelo autor de idéias positivistas). Quanto a este ramo do Direito, no momento histórico do autor ainda não se contava com um Direito Público propriamente dito, o que existia era um sincretismo metodológico em que se misturavam análises jurídicas com sociológicas e ainda políticas, muitas vezes atravessadas por forte influência de lições advindas das ciências da administração. De sublinhar, neste passo, a figura de Vittorio Emanuele Orlando (1860/1952) considerado o pai do direito público italiano, de quem Romano foi discípulo e seguidor no particular técnico do direito administrativo. Os esforços de Orlando na distinção entre o direito administrativo a sociologia e o ciência da administração, de observá-los *in* ORLANDO, V.E. **Principii di Diritto Amministrativo**, \_\_\_\_, p. 13/17, 34/37. Essa relação entre Romano e Orlando vem desenhada pela pena do próprio Romano *in* ROMANO. Santi. **Il Diritto Pubblico Italiano**. Milano: Giuffrè, 1988, p. 1/8. A contribuição prestada por Santi Romano à Obra de Vittorio Emanuele Orlando (aquele escrevera algumas partes do *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano*, obra pela qual fora responsável est'último e que marca do Direito Administrativo italiano – num total de 16 volumes) pode ser consultada *in* Id. **Gli Scritti nel Trattato Orlando**. Milano: Giuffrè, 2003. Para uma análise histórica da formação do Direito Público Italiano, por fim, veja-se: REBUFA. Giorgio. **La Formazione del Diritto Amministrativo in Italia**, Bologna: Mulino, 1981, p. 209/215.

Direito – *L'ordinamento Giuridico*, originariamente datado de 1918. Realmente, a segunda edição da obra viera à tona em 1945 (re-impressa em 1951), sendo esta última re-impressão a que é utilizada neste trabalho<sup>2</sup>.

Na presente parte do opúsculo deitar-se-ão atenções por sobre contornos do pensamento romaniano, especificamente no que tange aos cinco pontos indicados na introdução: o antinormativismo, o anti-individualismo, a percepção do fenômeno jurídico em sua face objetiva, a identidade “Direito = organização”, e a inexistência de relação necessária entre Direito e Estado.

Como que espalhados por entre os subtítulos por que composto este primeiro capítulo, esses pontos serão abordados conforme a seguinte estruturação: num primeiro momento, a investigação do modo por que Santi Romano define mesmo o fenômeno jurídico, após o que será abordada a principal consequência do pensamento romaniano, qual seja, a pluralidade do fenômeno jurídico, momento a partir do qual também se averiguam as maneiras pelas quais esses distintos e variados ordenamentos relacionam-se entre si.

Em tom preliminar, cumpre consignar que são recorrentes, neste e nos demais capítulos, referências a autores fundamentais às idéias contra as quais se bate Santi Romano, de modo que muitas vezes se verão anotações e comentários referentes a autores como Kant, Hobbes e Locke (todos esses na tentativa de esta obra indicar as posições contratualistas), como ainda Kelsen, representante mor do positivismo normativista, tudo isso a fim de situar a discussão no cenário da cultura jurídica, apontando, desta forma, as sensíveis discordâncias existentes.

Ainda em caráter de prolegômeno, de rigor mencionar que, com as futuras menções a “Idade Moderna”, quer esta obra referir-se, e o faz pontualmente, ao paradigma<sup>3</sup> jurídico, típico do século XVIII, embasado em idéias jusnaturalistas de corte contratualista, que tiveram seus ideais expostos na revolução Francesa, em absoluta ruptura com tudo quanto outrora compunha o cenário jurídico.

Trata-se, com efeito, de postura teórica que faz do Direito exclusivamente fenômeno legislativo, este último governado sob os desígnios racionais de uma vontade qualificada que tem por dever a

---

<sup>2</sup> Para uma biografia em pormenor do autor, consulte-se a “Nota Bio-bibliográfica sobre Santi Romano”, de autoria de Alberto Romano, professor catedrático de Direito Administrativo da Universidade de Roma (*La Sapienza*), constante de: ROMANO, S. **O Ordenamento Jurídico**. trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 33/55.

<sup>3</sup> KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 220

garantia dos direitos naturais que cada indivíduo, em si, enfeixa<sup>4</sup>. Entendido como comando oriundo da autoridade competente, o fenômeno jurídico, segundo tal corrente de pensamento, cristaliza-se, destarte, na Lei, fonte maior do Direito, da qual decorrem garantia e segurança aos cidadãos, tidos eles por iguais e racionais em essência.

Isto posto, passa-se à análise do pensamento romaniano propriamente dito.

## 1.1 O CONCEITO DE DIREITO – O ORDENAMENTO JURÍDICO

Como forma de explicitar as idéias do autor italiano, o presente momento da obra será dividido em quatro subitens, cuja função é, olhos voltados aos pontos assinalados da concepção romaniana, revelar a posição do autor perante esta pergunta: afinal, que é o Direito?

Com esse intento, já na primeira subdivisão, marca-se a oposição entre a idéia do autor e aquela fundadora da Modernidade, com a posterior exposição da concepção institucionalista do pensador italiano, agora visando à definição própria do Direito, e uma das principais consequências relativa à Teoria do Direito – qual é o papel que, dentro dela, exerce a sanção.

Por fim, será trazido à baila o particular metodológico, como forma de deixar bem clara a postura de jurista – de teórico do Direito – de Romano em suas ponderações institucionalistas.

### 1.1.1 A crítica à instantaneidade do Direito Moderno

Interessante perspectiva que pode iluminar o estudo de teorias antiformalistas como a de Santi Romano na tentativa de bem apreender os exatos contornos seus é a análise do que elas negam, isto é, do que elas criticam em teorias que não lhes acompanham os passos.

Nesse sentido, importa ter presente a crítica romaniana ao caráter como que instantâneo do Direito Moderno, que acredita, em seu

---

<sup>4</sup> Para maiores pormenorizações sobre a temática, verdadeiro pressuposto para estas páginas, veja-se: HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia. Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 341/382; ainda GROSSI, Paolo. **L'Europa del Diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2007, p. 65/155; BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. trad. Márcio Pugliese *et al.* São Paulo: Ícone, 2006. p.15/45, 63/119.

universalismo, poder engendrar o Direito *ex nihilo*,<sup>5</sup> por meio de estatutos e constituições forjadas sob desígnio de tal ou qual assembléia.

Trata-se daqui da crítica - compartilhada, ver-se-á, por todos os autores adiante referidos - ao contratualismo que, varrendo o que havia de jurídico antes dele, pretende impor uma nova ordem jurídica absolutamente desgarrada da tradição e da história do povo a ela submetido.

Ainda que o autor<sup>6</sup> confira no movimento revolucionário contornos jurídicos – o que não o impede de endereçar-lhe duras críticas, como a de ser improvisado, instável, tendencialmente extremista, demagógico etc.<sup>7</sup> -, o fruto jurídico que se pretende com os agitos revolucionários, adverte Romano, é perigoso à estabilidade e à segurança com que deve contar uma constituição.

Aliás, a própria concepção do que “tecnicamente” seja, em Santi Romano, Constituição, muito antes de ser sistema de normas, bem revela a posição do autor no particular, sempre a sublinhar o sentido material do termo:

tecnicamente esta palavra é entendida como sinônimo de organismo ou corpo social, ou seja, de instituição, tendo uma estrutura, uma ordem, um status, uma organização mais ou menos estável e permanente, que reduz à unidade os elementos que o compõe conferindo-lhes individualidade e vida própria. [...] pode-se, por consequência, falar com exatidão – e, com efeito, com exatidão se fala – de constituição, por exemplo, da comunidade internacional, da Igreja, do município, da uma associação e assim por diante. Porém, quando se fala de constituição, sem nenhuma especificação – como, por exemplo, de da constituição italiana, francesa etc., alude-se à constituição do Estado em geral ou de um determinado Estado<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> ROMANO, S., Lo Stato Moderno e la sua crisi. In Idem, **Lo Stato Moderno e la sua crisi. Saggi di Diritto Costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969, p. 5.

<sup>6</sup> ROMANO, S. **Frammenti de un Dizionario Giuridico**. Milano: Giuffrè, 1953, p. 224.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>8</sup> ROMANO, S. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 3



Ora, partindo-se desse paradigma bem se vê a descrença num suposto universalismo capaz de formular todo direito a ser formalizado num texto escrito, sendo repetidas vezes elogiado o modelo constitucional inglês, fruto da “maravilhosa tranquilidade legislativa” (ROMANO, 1977, p. 43), advinda de um modelo jurídico consuetudinário em que, aos poucos, as mudanças necessárias são concretizadas, sem espaços para rompantes:

diferentemente de uma constituição que tem dado lugar a uma longa história, que não se pode pensar em cancelar ou refazer de uma só vez, uma constituição escrita auxilia a difundir a idéia utópica e perigosa de que uma constituição possa compilar-se num dia, em uma hora, e que seja, por isso, fácil de ser substituída por outra que surgiu na mente de um feliz momento de capricho [...] (ROMANO, 1977, p. 45).

Então, mais do que o pontual momento em que, entre indivíduos, se forma o contrato – seja, em sentido amplo, o contrato social supostamente formador da sociedade civil, seja, em senso estrito, um negócio jurídico qualquer – o Direito, entidade objetiva que ultrapassa desígnios meramente subjetivos, passa a ser algo maior do que os próprios indivíduos que a ele aderem.

Realmente, para a concepção institucionalista, é na família, no sindicato, na empresa, nas corporações em geral, nos partidos políticos etc. – em cada uma das respectivas organizações – que o jurídico, ultrapassando a existência dos indivíduos que eventualmente componham aquelas estruturas, toma corpo na exata premissa de que:

A instituição é uma unidade fechada e permanente que não perde sua identidade devido a alterações dos indivíduos que são seus elementos, das pessoas que dela fazem parte, do seu patrimônio, dos seus meios, dos seus interesses, dos seus destinatários, das suas normas, e assim por diante. Ela pode renovar-se conservando de modo imodificado sua própria individualidade. Disso advém a possibilidade de considerá-la como um corpo isolado sem identificá-la com o que pode vir a ser necessário para lhe dar vida, mas que, dando-lhe vida, se amálgama nela (ROMANO, 2008, p. 87).

De fato, o Direito – entendido então como instituição – é sinal da superação da finitude e individualidade humana, coligando-se, em sua objetividade e impessoalidade, com algo que está para além da mera existência individual:

a instituição é um ordenamento jurídico, uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo. [...] o direito não consagra somente o princípio da co-existência dos indivíduos, mas se propõe sobretudo a vencer a fraqueza e a limitação das suas forças, a ultrapassar a sua breve existência, a perpetuar certos desígnios além da sua vida natural, criando entes sociais mais poderosos e mais duradouros do que os indivíduos. Estes entes realizam a síntese unificante em que o indivíduo permanece fechado, regulando não só sua atividade, mas também sua condição, algumas vezes superior, outras inferior a das demais. (ROMANO, 2008, p. 89).

Esta particularidade do pensamento de Santi Romano<sup>9</sup> – também anotada por François Ost<sup>10</sup> – só pode ser bem compreendida, no entanto, se se tiver em mente, nos seus exatos contornos, o que é o Direito para aquele autor, e o que significa em sua obra a identidade entre Direito, instituição e ordenamento.

### 1.1.2 A identidade entre Ordenamento Jurídico e Instituição

Para além da identidade “Direito = lei”, concepção absolutamente rejeitada pelo autor, Santi Romano indica três elementos que estão contidos no seu conceito de Direito: o primeiro é a sociedade; o

---

<sup>9</sup> A crítica de Romano a esse caráter instantâneo do Direito Moderno também foi objeto de apreciação por parte deste acadêmico *in*: RAMOS, Felipe de Farias. Por uma Crítica à Instantaneidade do Direito Moderno: Objeções Romanianas. Artigo apresentado *in*: **II Workshop de História do Direito: O Papel dos Juristas no Século XX**. PRPE – UFSC, Florianópolis, 22/9/2010.

<sup>10</sup> OST, François. **O Tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005, p. 240.

segundo, a organização social, e o terceiro a origem dessa organização social.

Quanto à sociedade, a relação entre esta e o Direito dá-se num duplo sentido: tanto só é Direito aquilo que ultrapassa a alçada do indivíduo (e sua existência limitada), quanto só existe verdadeira sociedade<sup>11</sup> quando vem à tona o fenômeno jurídico, tudo isso a ratificar os brocardos *ubi ius ibi societas* e ainda *ubi societas ibi ius*.

No que diz respeito à organização social, esse segundo elemento deve ser entendido como corolário teórico do primeiro, à medida que, “toda a manifestação social, somente devido ao fato de ser social, é ordenada ao menos no que diz respeito aos seus sócios” (ROMANO, 2008, p. 77). De fato, é o aspeto da ordem, da organização – que não se coaduna com meros arbítrios formais ou materiais não ordenadores – que aqui tem relevo, algo que, mesmo quando fruto da desigualdade (ROMANO, 2008, p. 89), se dá dentro da sociedade e que, por isso, faz compor o conceito de Direito.

Poder-se-ia perguntar: mas de onde vem essa organização? A resposta – e então já se está a explicitar o terceiro dos elementos citado – diz com “[...] a organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que [...] o Direito...] é vigente e que para ele se constitui como unidade, como um ser existente por si mesmo [...]” (ROMANO, 2008, p. 78), tudo a revelar que, mais do que advinda de eventual norma ou relação<sup>12</sup>,

<sup>11</sup> O próprio autor faz indicar o seu conceito de sociedade: “deve-se entender por sociedade não uma simples relação entre indivíduos, como seria, por exemplo, a relação de amizade, à qual é estranha qualquer elemento jurídico, mas uma entidade distinta dos indivíduos que a compõem, que constitua mesmo formal e extrinsecamente uma unidade concreta. E deve se tratar de uma unidade efetivamente constituída” (ROMANO, op. cit., p. 77). É evidente o choque de concepções quando se voltam atenções ao conceito de sociedade dado pelo maior dos autores normativistas, Hans Kelsen: “somente quando a sociedade é entendida como uma ordem normativa da conduta humana dos homens entre si é que ela pode ser concebida como um objeto diferente da ordem causal da natureza, só então é que a ciência social pode ser contraposta à ciência natural. Somente à medida que o Direito for uma ordem normativa da conduta dos homens entre si pode ele, como fenômeno social, ser distinguido da natureza, e pode a ciência jurídica, como ciência social, ser separada da ciência da natureza” (KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 86).

<sup>12</sup> De rememorar que, em Kant, o conceito de direito diz com a relação externa e prática entre as pessoas (KANT, Immanuel, *Metafísica dos Costumes*. I. Parte. Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito. trad. Artur Morão. Lisboa: Ed.70, 2004, p. 36). A pontual crítica a esse tipo de posição evidencia-se justamente porque, em sendo caracterizado como fenômeno objetivo, a relação jurídica é algo posterior à própria instituição, é algo que depende daquela primeira, e que é por ela sustentada. Em pormenor, confira-se: ROMANO, op. cit., p. 125. De fato, “[...] se um ordenamento jurídico, ou seja, uma instituição não pode ser identificado com uma simples relação entre duas ou mais pessoas, muito menos poderá limitar-se e resumir-se a uma pessoa física. É necessário, ao contrário, que esta tenha uma ligação estável com outros

a organização considerada como elemento essencial do conceito de direito romaniano tem por nascedouro o próprio chão social, já então entendida não como soma de relações, mas como estrutura una e concisa, que, por sua vez, faz refletir-se em eventuais normas dispostas no texto da lei.

Anotados esses contornos do conceito de Direito, o próprio autor faz perceber que “o conceito que nos parece necessário e suficiente para fornecer em termos exatos aquele de direito enquanto ordenamento jurídico tomado no seu todo e unitariamente é o conceito de instituição” (ROMANO, 2008, p. 78), sendo de rigor agora, desde já assentada a identidade entre ordenamento jurídico e instituição, declinar as características fundamentais do conceito romaniano de instituição<sup>13</sup>.

São quatro essas características da instituição, a saber: (a) ser corpo, isto é, enfeixar individualidade exterior e visível, com rigores objetivos mesmo quando, decorrente da unidade social, imateriais; (b) ser “[...] manifestação de natureza social e não puramente individual do homem [...]” (ROMANO, 2008, p. 85); (c) possuindo individualidade própria, constituir-se de um ente fechado, passível, em si e por si, de análise, mesmo quando sejam estabelecidas relações entre vários ordenamentos; e (d) em sua individualidade estar para além daquelas que a compõem, de modo que a alteração/extinção destas últimas não seja capaz de alcançar sua identidade<sup>14</sup>.

---

elementos, fazendo com que tal figura da instituição advenha destes últimos. Tais elementos podem ser constituídos também por coisas, ou seja, por objetos de um direito ou de qualquer poder relativo a uma pessoa. Mas quando estas são levadas em consideração como elementos de uma instituição, o seu caráter jurídico não pode totalmente reduzir-se ao de simples res. Entre uma coisa como tal e uma pessoa - entre sujeito e objeto -, surge, como salientamos, uma relação, a qual não é bastante para que surja uma instituição” (ibid., p. 109).

<sup>13</sup> A restrição aqui se mostra necessária porque outros autores, como reconhece Romano, forjaram conceitos diversos do que venha a ser “instituição”; o mais notável de todos é Hauriou, adiante analisado (HAURIOU, Maurice. **La Teoria de la Institucion y de la Fundacion**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968). Também em razão de, como se dá conceito de “ordenamento jurídico”, evitar inúmeras confusões semânticas, importa, pois, estabelecer com precisão o significado de tão central conceito na obra de Santi Romano.

<sup>14</sup> Bem se vê, então, que o uso que aqui se faz do termo instituição – como sinônimo de ordenamento jurídico – em nada se relaciona com o de que se lança mão em expressões como, por exemplo, “o instituto da usucapião”, ou mesmo quando se têm em mente pessoas jurídicas ou fundações. Fora de dúvida de que, quando trouxerem consigo contornos de uma efetiva unidade social, estas duas últimas podem ser, sim, tidas como instituições, é bastante claro que este último conceito em muito os ultrapassa, sendo absolutamente irrelevante para fins de constituição de uma instituição a presença ou não dos característicos formais necessária à composição daquelas (ROMANO, 2008, p. 83 *et sequens*).

É então que à equação “ordenamento jurídico = instituição” (conceitos esses sinônimos de Direito<sup>15</sup>) o autor faz somar o conceito de “organização social” em seu sentido, mais do que sociológico, jurídico propriamente dito.

De fato, Santi Romano vê inerente à sociedade – sociedade no sentido já indicado – alguma forma de organização, e é essa organização o nascedouro, em si, do fenômeno jurídico.- que ultrapassa o limite do individual criando entidades sociais maiores do que os indivíduos, aptas então a unificá-los em seus díspares desígnios e vontades.

Quanto às críticas de que, sociológico, o conceito de instituição romaniano trazia contornos indeterminados e confusos, o próprio autor defendeu-se na segunda edição de *L'ordinamento Giuridico*:

Não conseguimos dar razão a esta censura, que tem sido mecanicamente repetida por muitos. Para definir a instituição bastaria dizer que esta é uma entidade ou corpo social, omitindo todos os outros esclarecimentos que tenho trazido, já que todo o jurista não pode deixar de ter o conceito de entidade social, que é um conceito fundamental e, ao mesmo tempo, elementar, sem o qual não é possível entender outros que o pressupõem, como, por exemplo, os conceitos de família, de ‘entidade de fato’, de pessoa jurídica, ao menos nas figuras que as pessoas jurídicas freqüentemente representam no direito moderno, e quando se quer esclarecer demais certos conceitos elementares, consegue-se somente confundi-los (ROMANO, 2008, p. 87)

Nessa mesma obra o autor faz enfrentar expressamente as críticas que se lhe endereçaram em razão de sua concepção, ontológica, partir da ordem do ser, e não do dever ser: quanto à crítica segundo a qual

---

<sup>15</sup> Realmente, é o próprio Santi Romano quem o admite: “As características essenciais do direito já salientadas (§10) coincidem com as da instituição” (ibid., p.89). Esta mesma identidade é outrossim revelada pelo autor quando, ao diferenciar seu pensamento do de Gierke - germanista alemão da metade do século XIX (1841/1921) -, fez indicar: “dessa doutrina [...] da doutrina de Gierke...], porém, nos diferenciamos em diferentes pontos [...]. porque, enquanto esta mantém intocado o princípio comum de que o direito objetivo seja um complexo de normas, de regras ou preceitos, nós o consideramos não como o produto da instituição, mas como a própria instituição” (ibid., p. 157).

o Direito expressa uma exigência deontológica, enquanto a instituição é um fato e o que é não pode ser identificado com o que deve ser. [...] deve ser ponderado que...] não exclui o caráter normativo e relacional do direito, mas procurei integrar, como me parece necessário, este caráter com o institucional, salientando as relações que o primeiro tem com o segundo. [...] Limito-me a, conseqüentemente, a observar que, quando se atribui ao ordenamento jurídico caráter exclusivamente normativo, isso talvez, algumas vezes, seja sugerido pelo fato de que a ciência jurídica, ou melhor, aquela ciência jurídica que se chama jurisprudência, é uma ciência normativa: deste modo, incorre-se num equívoco similar àquele em que se incorreria se do caráter normativo da gramática se quisesse inferir um igual caráter da língua” (ROMANO, 2008, p. 133, grifo nosso).

Vê-se, pois, que a origem primeira do direito – como que afastado do dualismo kantiano entre ‘ser’ e ‘dever-ser’ – não é um dever-ser qualquer, nem um sistema de norma ou uma normatividade pressuposta, mas um fato concreto e objetivo capaz de ordenar as forças sociais – é organização social que, efetiva e impessoal, põe a norma como uma de suas manifestações.

Mas, inda assim, poder-se-ia perguntar: se a instituição é o Direito, qual seria, então, a fonte do Direito, ou, o que tem o mesmo significado, qual é a fonte da instituição<sup>16</sup>?

É então que os pressupostos teóricos do autor – que se reportam ao positivismo sociológico (destrinçado na segunda parte do capítulo 2 deste trabalho) – bem se revelam, na exata premissa de que, para ele, existem imperativos sociais e necessidades deles decorrentes que, tendo por efeito a organização da sociedade, geram a instituição; esta, por seu turno, é o próprio Direito que, então, se formaliza em lei.

Deveras, a instituição, ou o Direito, “surge imediatamente e diretamente das forças sociais”<sup>17</sup>, de sorte são est’últimas o último

<sup>16</sup> Não se trata, perceba-se, de mero arremedo retórico: a pergunta não faz menção à “lei” somente, antes questiona, ao invés, a fonte primaz do Direito.

<sup>17</sup> Livre tradução do original: “[...] *scaturisce immediatamente e direttamente dalle forze sociali* [...]”. ROMANO, S. Osservazioni Preliminari per una Teoria della Funzione Legislativa nel Diritto Italiano. in Id., **Scritti Minori**. Milano: Dott. A. Guiffirè Editore, 1950, p.194/195.

fundamento do fenômeno jurídico, de tal modo que nem mesmo a “atividade racional” (ROMANO, 1950, p. 195) do legislador – competente para formalização da lei – deve intrometer-se como forma de atrapalhar a coerência que deve haver entre o que ditam aquelas injunções sociais e o comando legal.

Note-se, portanto, que esta mesma necessidade ao passo que está a embasar a lei (porque dá estribo à instituição, a qual, por seu turno, é pressuposta pelo comando legislativo) também serve de limite à atividade legislativa, cujos rigores devem seguir os ditames sociais, estes que representam o efetivo critério de validade da *regula iuris*<sup>18</sup>.

Daí afirmar Tarantino que o teoria institucionalista de Romano “[...] colocava o fundamento de validade das normas na necessidade, tais em conformidade à realidade, a um fato social”<sup>19</sup>, de modo que, ao contrário de ter como fundamento de validade outra norma – típica posição kelseniana –, o comando legal passa a ter por pressuposto de validade um “ser”, algo concreto passível de ser objetivamente determinável<sup>20</sup>.

### 1.1.3 Norma e sanção: caracteres secundários

Delineados já os contornos teóricos do institucionalismo romaniano, é hora de averiguar o papel exercido pela norma, e, depois, pela sanção dentro dos rigores conceituais do pensamento de Santi Romano.

Em Romano, quer parecer bastante evidente que – jamais negado que o direito possa ser também norma – o fenômeno jurídico só é

<sup>18</sup> Esse papel da necessidade social - a impedir arroubos legislativos, típicos de posições Modernas -, como forma de colocar o legislador no seu lugar, qual seja, o de mediador entre a dispositivo legal e as forças sociais espelhadas na instituição, é sublinhado por Romano *in*: *ibid.*, p. 193 et seq. Em passagem eloqüente, defende Romano que tal fonte “*vieta agli organi legislativi la dichiarazione di nuovo diritto che non sia motivata da una necessità*”.

<sup>19</sup> Livre tradução do original: “[...] poneva il fondamento della validità delle norme nella loro conformità allà realtà, ad un fatto sociale. TARANTINO, Antonio. **La Teoria della Necessità nell’ordinamento Giuridico**. Milano: Giuffrè Editore, 1976, p. 24. Para uma análise mais pormenorizada da *quaestio*, consulte-se: *Ibid.*, p. 30 et seq.

<sup>20</sup> Também aqui incide por sobre o autor suas premissas positivistas (no tópico 2.2 da obra analisado), porque, desde logo se assente, a tarefa do jurista para Romano nem de longe é a investigação, de cunho sociológico, dessas leis ou forças sócias. Jurista positivo que é, Santi Romano limita-se à averiguação do Direito positivo, sem colocar-se em investigações que transpassem limites que tais.

apreendido numa estrutura normativa num segundo momento, quando então deverá refletir a organização mesma característica do ordenamento que lhe dá embasamento. Notável, pois, a divergência entre a posição romaniana, que amplia os limites do conceito do Direito, e aquela que reduz o conceito de direito a uma “ordem coativa de conduta humana” (KELSEN, 2006, p. 33). Com efeito,

o ordenamento jurídico, dessa maneira amplamente entendido, é entidade que por um lado se move conforme as normas, mas, sobretudo por outro, ele mesmo as move quase como se elas fossem peões em um tabuleiro de xadrez. Deste modo, elas representam mais o objeto e o meio da atividade do ordenamento, do que um elemento de sua estrutura. Sob determinadas perspectivas é possível afirmar que as normas coincidem com os traços essenciais de um ordenamento quase que por reflexo (ROMANO, 2008, p. 69).

Realmente, assim como um código não é o somatório de artigos que lhe compõem, também o ordenamento jurídico – um todo unitário – é entendido como muito mais do que um mero somatório da legislação dele constituinte. O todo passa a ser mais do que a soma das partes, de sorte que as prescrições legais são consideradas, sim, como parte do ordenamento, sem que sejam capazes, contudo, de esgotar o fenômeno jurídico (ROMANO, 2008, p. 74).

De fato, o caráter objetivo do Direito – entendido para além da estrutura escrita e clara de um texto legislado – implica reconhecer que ele, impessoal, é superior e anterior às vontades dos indivíduos ou do ente estatal, e que, antes, estas duas é que dele dependem. Daí, defender-se que “se é verdade que o caráter jurídico das normas é fornecido pelo poder social que a determina ou, ao menos, a sanciona, disto advém que este caráter deve ser encontrado já na instituição, que não poderia atribuí-lo à norma se essa mesma já não a possuísse. A verdade é que o direito é, antes de tudo, instalação, organização de uma entidade social” (ROMANO, 2008, p. 95).

De precisar, nesse sentido, a referência feita por Santi Romano ao “direito involuntário” (ROMANO, 1977, p. 117/120), categoria relativa ao “direito não escrito” em que o autor coloca: (a) os chamados



“princípios gerais ou fundamentais”<sup>21</sup>, (b) o próprio costume<sup>22</sup>, e, por fim, (c) a necessidade, a qual diz com “[...] uma exigência explícita e compulsiva das necessidades sociais, que impõem um determinado comportamento em defesa das instituições vigentes [...]” (ROMANO, 1977, 119), espécies todas essas que bem revelam manifestações positivamente jurídicas – e não fruto de uma abstração qualquer – capazes de ultrapassar a experiência subjetiva.

Ainda nesse passo, importante voltar os olhos à expressão “direito em sentido objetivo”, que, para o jurista italiano (ROMANO, 2008, p. 78), que passa a enfeixar, então, duplo significado:

[...de um lado...] um ordenamento em sua completude e unidade, ou seja, uma instituição [...e, d’outro, ...] um preceito ou um conjunto de preceitos (normas ou disposições particulares) agrupados ou sistematizados de forma variada que, para diferenciá-los dos não jurídicos, chamamos institucionais, salientando deste modo a ligação que possuem com todo o ordenamento (ROMANO, 2008, p. 78).

Deste modo, logo se percebe que o Direito tem, sim, uma de suas faces voltadas à normatividade. Não é, em absoluto, a posição romaniana querer negar esta evidência. O que se está a sublinhar é o caráter secundário e posterior da norma, que secunda o momento em que objetivamente nasce o Direito:

não será supérfluo repetir que o conceito de direito objetivo que temos formulado, não quer eliminar (ao contrário!) aquele através do qual este apresenta-se como norma ou complexo de norma [...]. Somente quisemos demonstrar a necessidade de que este último se inclua no primeiro, como conceito não tão amplo e secundário, que não pode ser definido e valorado

<sup>21</sup> Apartados de princípios embasados em categorias metafísicas como “a natureza das coisas”, dizem esses princípios gerais com a própria existência do Estado, à medida que “[...] observa-se que nem as cartas constitucionais nem as leis particulares que as complementam exaurem todo o direito constitucional de um Estado, que, por sua própria natureza, não se presta para ser declarado em fórmulas rígidas e, em grande parte, permanece não escrito” (ibid., p. 117).

<sup>22</sup> Entendido este, para além do mero “uso de fato”, como “[...] normas que resultam da constante uniformidade de um determinado modo de agir e não agir e da convicção de que tal comportamento seja conforme o direito, ou melhor, seja direito” (ibid., 118).

de forma exata se for isolado de tudo aquilo de que faz parte e com o qual se encontra em conexão orgânica. Em nossa opinião, todas as normas que se encontram em um determinado direito positivo são somente elementos de um amplo e complexo ordenamento e apóiam-se nesse, que é a sua base necessária e imprescindível (ROMANO, 2008, p. 129).

Posto como sinônimo de Direito na obra kantiana, para a qual “Direito e faculdade de coagir significam, pois, uma e a mesma coisa” (KANT, 2004, p. 39), e ainda entendido, em Kelsen (KELSEN, 2006, p. 60), como intrinsecamente conectado à ordem por que constituído o Direito, o elemento “coação” não é entendido em Romano, portanto, como necessário ao fenômeno jurídico, pois que este é muito mais do que norma.

Se, por seu lado, os romanos já faziam pontual diferença entre leis *perfectae* e leis *imperfectae* – est’últimas como aquelas destituídas de sanção - e se, a seu turno, a própria tradição jusnaturalista fez seu tal caráter de distinção – entendendo as leis perfeitas como aquelas para cujo adimplemento é lícito a utilização da força perante os recalcitrantes<sup>23</sup> - quer parecer claro que os rigores de uma teoria antiformalista do Direito não hão de ratificar tal ordem de princípio.

É que a sanção para existir juridicamente não precisa vir prevista num preceito legal, podendo, ao revés, “[...] ser imanente e latente nas engrenagens do aparelho orgânico que constitui o ordenamento jurídico considerado no seu todo [...]” (ROMANO, 2008, p. 75)<sup>24</sup>. Outrossim, a sanção “[...] também pode ser força que atua de modo indireto, uma garantia efetiva que não dá lugar a direito algum subjetivo estabelecido por qualquer norma; freio inato e necessário do poder social [...]” (ROMANO, 2008, p. 75), de forma que pode haver normas jurídicas que não tragam sanção alguma, e aquelas que, por ventura, as enfeixar assim

---

<sup>23</sup> Bobbio indica Cristiano Thomasius como o primeiro autor a excluir do âmbito jurídico o chamado direito ‘imperfeito’, entendida a coação, pois, como elemento constitutivo do direito. Depois dele, prossegue o jurista italiano, os autores da teoria e filosofia do Direito podem ser divididos entre aqueles que confirmaram tal ordem de idéias e aqueles que a refutaram (BOBBIO, N. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**, trad. Alfredo Fait, 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997, p. 76).

<sup>24</sup> Ora, prossegue Romano, aquiescer com essa premissa e prosseguir na defesa da relação necessária entre Direito e sanção seria admitir a idéia de que o direito ultrapassa as prescrições legais.

o fazem não em razão de ser essa a sua natureza, mas tão só por espelhar algo que, anterior, diz respeito com a própria instituição ali refletida.

Por isso<sup>25</sup>, na perspectiva institucionalista não há ligação ontológica ou estrutural entre direito e sanção; esta última - entendida, pois, como expediente estranho aos contornos delineadores do fenômeno jurídico – passa a ser mero apêndice cuja finalidade é uma só: assegurar a obediência do comando, de sorte que deve ela – a sanção - ser aplicada sempre que desrespeitados os seus rigores (o que, inegavelmente, não passa de mera hipótese<sup>26</sup>).

#### **1.1.4 O jurídico e o pré-jurídico: A problemática distinção de um jurista ou de um sociólogo?**

Diante de um conceito tão alargado de Direito – com efeito, ao estender os contornos e os limites do fenômeno jurídico correr-se o risco do “panjurisdicismo”<sup>27</sup> -, poder-se-ia perguntar sobre os critérios capazes de distinguir, em Santi Romano, aquilo que historicamente sempre foram postos num nível pré-jurídico (moral, normas de etiqueta etc.) do efetivo fenômeno jurídico.

O próprio Santi Romano, em nota da segunda edição de *O Ordenamento jurídico*, alertara “[...] não acreditamos que se possa chegar até encontrar o fenômeno jurídico em todos os ‘estados de convivência humana’, como acredita, ao contrário, Orlando [...]” (ROMANO, 2008, p. 84), momento exato em que pontua central reflexão:

Nem sempre é fácil verificar quando exista uma instituição com as características indicadas no texto [...o autor cuidava, então, de declinar as características fundamentais da instituição...]. Existem casos limites: assim, quando se

---

<sup>25</sup> Na classificação técnica do autor relativa aos tipos de normas, de notar a modalidade de leis supletivas e dispositivas, que, somente em alguns casos, fazem seu descumprimento implicar sanção. (ROMANO, 1977, p. 111).

<sup>26</sup> GROSSI.P. *Primeira Lição sobre Direito*. trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 25.

<sup>27</sup> TARELLO *apud* BILLIER. Jean Cassien; MARYOLI. Aglaé. *História da Filosofia do Direito*. Barueri: Manole, 2005, p. 340.

apresentam organizações muito rústicas, como, por exemplo, aquelas constituídas por uma união de pessoas em fila para chegar a um guichê ou para entrar num local, ou mesmo, aquelas organizações menos embrionárias, mas em um ‘estado difuso’ que idealmente unem, com a observância de usos ou de outras regras comuns, os amantes de jogos e de esportes os cavalheiros<sup>28</sup> que praticam normas de cavalaria, aqueles que seguem certos usos mundanos etc. (ROMANO, 2008, p. 84).

Então, depois de, em posição relativista, consignar que o Direito é somente forma – forma<sup>29</sup> aqui, advirta-se, entendida como a institucional - e após sublinhar que não existe nada que, por seu conteúdo mesmo, não possa ser considerado Direito, o autor acaba por desvincular-se daquela tradição teórica que quer esquadriñar *a priori* contornos capazes de apartar o jurídico de outros fenômenos:

[...] é perfeitamente vão, por consequência, propor, como acontece de modo freqüente, que sejam estabelecidas as características diferenciais do fenômeno jurídico a respeito daquelas da religião, moral, costume, convenções, economia, regras técnicas etc. Cada uma destas manifestações do espírito humano pode ser tomada totalmente ou em parte no mundo jurídico, vindo a formar o conteúdo dele, todas as vezes que venha a entrar na órbita de uma instituição (ROMANO, 2008, p. 91).

A contraposição – direito *versus* ‘não direito’ – tem por base não um critério de conteúdo material, mas tão-só a separação entre social e ‘antisocial’: “tem-se a antítese ou, de qualquer modo, a contraposição ao direito somente naquilo que é irredutivelmente antisocial, ou seja,

<sup>28</sup> Quanto às regras de cavalaria, tipicamente consideradas em seu elemento costumeiro (que deflagra contornos institucionais), veja-se decisão do Conselho de Estado, então presidido por Romano, que se valera das lições institucionalistas para solução de um caso concreto submetivo a sua apreciação: CALAMANDREI, Piero. **Studi Sul Processo Civile**. (vol. III). Padova: CEDAM, 1934, p. 1/18.

<sup>29</sup> O próprio Bobbio o chama “formalista” (ver: BOBBIO, N.. “Teoria e Ideologia nella Dottrina di Santi Romano”. In: RUFFIA, B. Paolo (a cura di.). **Le Dottrine Giuridiche di Oggi e L’insegnamento di Santi Romano**. Milano: Giuffrè, 1977. p. 29).

individual por natureza. Tudo aquilo que por si mesmo não possuir tal caráter permanecerá fora do direito enquanto não for integrado numa instituição” (ROMANO, 2008, p. 90). A marcar bem a postura do autor, confira-se:

Que o Direito seja moral, (isso) é uma exigência (não nos referimos a uma exigência prática, mas por enquanto somente de uma exigência conceitual) não do Direito, mas da moral, e o Direito, por assim dizer, imoral ou injusto não é menos Direito do que aquele (que é) moral. [...] Assim, a famosa questão (de saber) se pode ser considerada ordenamento jurídico a assim chamada "sociedade de ladrões" e, em geral, qualquer sociedade organizada - que outros ordenamentos tais como o Estado ou a Igreja qualificar como criminosos - deve ser considerada de forma independente, na teoria geral do Direito, de qualquer posição moralista, embora isso possa ser importante em filosofia. A conhecida relutância em reconhecer caráter jurídico para tais organizações [...] é uma repulsa moral que a consciência não pode deixar de ter, mas que não deve impressionar o jurista como jurista<sup>30</sup>.

Nesse passo, também o direito da Igreja que – possuindo um *status* de ordenamento (já que organiza, superando-os, os membros de congregação religiosa) – concede efetivo caráter jurídico a variados princípios de ordem moral e religiosa, sem que se possa, de cambulhada, pretender estabelecer marcos rigorosos aptos a diferenciar nesses casos o que seja jurídico do que não seja<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Tradução literal do original: “*Che il diritto sia morale, è una esigenza (non parliamo di una esigenza pratica, ma nel momento solo di esigenza concettuale) non de diritto, ma della morale, e il diritto, per dir così, immorale o ingiusto non è meno diritto di quello morale. [...] Così la famosa questione se possa considerarsi come ordinamento giuridico la così detta “società dei ladroni” e, in genere, ogni società organizzata che altri ordinamenti, come quello dello Stato o della Chiesa, qualificano come criminale, deve ritenersi indipendente, in sede di teoria generale del diritto, da ogni posizione moralistica, anche se questa possa avere rilievo in sede filosofica. La nota ripugnanza a riconoscere a siffatte organizzazioni il carattere giuridico [...] è una ripugnanza che la coscienza morale non può non provare, ma che non deve impressionare il giurista in quanto giurista*”. (ROMANO, 1953, p. 72/73, grifo nosso).

<sup>31</sup> Esse quadro desenhado, certamente espantoso para quem se limita a entender jurídicas somente as prescrições estatais, vem confirmado pelo próprio Santi Romano em pontual argumento histórico: “[...] é um grave erro afirmar, como tantos fazem, que nas sociedades primitivas o direito seja confundido com o costume e também com a religião. Não se trata de

Diante de um conceito de Direito que vai buscar seu nascedouro nos fatos, no próprio ser (e não no dever-ser), a segunda edição da obra *Ordenamento Jurídico* – em suas notas – bem revela que, como já dito, Santi Romano sofrera críticas por supostamente ter forjado um conceito de Direito que escapava os limites do jurídico, como se se tratasse mais de uma sociologia jurídica do que de uma teoria positiva<sup>32</sup>.

Todavia, a resposta àquele questionamento não pode ser dada somente com a indicação dos argumentos levantados pelo próprio autor em sua defesa, sendo necessários, mais do que isso, alguns esclarecimentos, mesmo agora, acerca de algumas influências sofridas por Santi Romano, que se mostram implicitamente decisivas em seu pensamento.

Por primeiro, é impossível deixar de perceber a influência aristotélica – quando debruça-se sobre o termo constituição, por exemplo, é desse autor grego que se vale o jurista italiano (ROMANO, 1977, p. 3) – por sobre a concepção de Romano.

Anotado desde logo que o pensador grego, preocupado com a finalidade dos homens (a política) e ainda com o Direito Justo, é um jusnaturalista (o que, de qualquer sorte impede maiores arroubos comparativos), não há deixar de perceber que, de alguma forma, já a base do pensamento aristotélico diz com um Direito (justiça distributiva e comutativa) que só tem sentido como forma de equilibrar os distintos interesses dos cidadãos, vale dizer, que só se realiza diante do caráter político do homem, em convívio com seus semelhantes na *polis*.

Critério para resolução concreta do disposto pelo justo natural (cujos rigores, por si só, são equívocos mesmo quando precedidos pela pontual observação da natureza), o Direito positivo passa a ser, então, integrador daquele Direito Natural, servindo de critério de certeza e segurança aos cidadãos da *polis*. Mais do que um *quid* ideal, então, a manifestação jurídica retirava sua validade e legitimidade da experiência sensível do homem em comunidade.

Muito embora apontasse para causas últimas certamente rejeitadas por Romano, o Direito em Aristóteles, então, “tinha de

---

confusão ou de indiferenciação de elementos que, por natureza, deveriam permanecer separados. Naquelas sociedades, o Direito – que deve ser considerado tão puro quanto em outras sociedades mais avançadas – tem por conteúdo uma rica série de princípios retirados do costume e da crença religiosa [...]” (ROMANO, 2008, p. 91/92).

<sup>32</sup> Consulte-se: ROMANO, 2008, p. 130/133, particularmente as notas 30ter (p. 88), 33bis (p. 92) e, sobretudo, 69bis (p. 130).

orientar-se para uma justiça imanente nas instituições sociais” (HESPANHA, 2005, p. 411)<sup>33</sup>.

Da mesma forma, aponta-se (HESPANHA, 2005, p. 411) para a influência tomista na concepção institucionalista, agora na identificação entre Direito e ordem, numa organização decorrente dos próprios estratos sociais, em harmonia que estão com algo de dimensão maior – o próprio Cosmos.

Jamais ignorando, novamente, a concepção jusnaturalista de Aquino, de sublinhar aqui a profundidade com que o Direito está imerso na sociedade, circunstância que serve como garantia de sua eficácia e validade, sem que a nota individualista Moderna tenha vez. Daí acentuar Paolo Grossi:

Quando, de fato, o grande pensador – refere-se ao autor medieval - reduz a substância da *lex* a um ordenamento da razão, são duas as verdades determinantes: que esta, mais do que se referir ao conhecimento, não se forma no seu interior, mas já está formada nas tramas do cosmos e da sociedade, onde olhos objetivos podem identificá-la e traduzi-la em regras; que esta é e deve ser ordenamento, com um papel relevante da realidade e das exigências escritas nas coisas, porque o ordenamento será plenamente realizado unicamente se aquelas forem levadas em consideração. O resultado é claro, e é um grande momento: o direito nasce de baixo, existe uma prevalente dimensão objetiva, permanecendo o príncipe o papel respeitável, mas secundário de manifestador público das regras através dos trâmites da promulgação<sup>34</sup>

Mais tarde, a relação entre Direito e sociedade – agora marcada mais profundamente por uma lógica como que mecanicista, cujos rigores levam em consideração, ainda, aspetos geográficos como o

<sup>33</sup> Ver: ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*, trad. Mário da Gama Kury. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, Livro V. Em pormenor sobre o autor e sua concepção de direito, veja-se: VILLEY, Michel. *A Formação do Pensamento Jurídico Moderno*, trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38-66.

<sup>34</sup> GROSSI, P. O Direito entre Poder e Ordenamento in Id. *O Direito entre Poder e Ordenamento*, trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010a, p. 97.

clima, a geografia etc.<sup>35</sup> – também pode ser conferida na obra, de tom não obstante iluminista, de Montesquieu (1689/1755).

Por fim, já na passagem do século XIX para o XX, essa mesma perspectiva – Direito como algo intrinsecamente relacionado com o ser social – vai ser de alguma forma trazida para o seio de um paradigma que, querendo afastar-se da metafísica (o que no mundo jurídico significa, v.g., extirpar qualquer traço de jusnaturalismo), pretende estudar cientificamente o direito, conforme o modelo das ciências naturais. Desta forma, o estudo do Direito passa a ter por objeto, então, a positividade dos fatos, que, por meio da experiência sensível e das observações, pode ser explicada mediante o domínio imparcial e neutro das leis – deduzidas estas, por sua vez, de uma base empírica igualmente neutra –, as quais procuram descrever e predizer o comportamento humano<sup>36</sup>.

Trata-se, com efeito, do modelo positivista da ciência, que vai penetrar no mundo jurídico:

---

<sup>35</sup> Tal aspeto, analisado em pormenor pelo autor em sua obra o *Espírito das Leis*, fica por demais evidente na própria disposição do índice da obra, sobremaneira na sua terceira parte – onde se conferem livros com títulos que indicam a relação das leis “com a natureza do clima” (livro XIV), das leis “da escravidão civil” com a “natureza do clima” (livro XVI), das leis “com os princípios que formam o espírito geral, os costumes e as maneiras de um povo” (livro XIX) –, como ainda em sua quarta parte – composta de livros cujos títulos são de igual forma esclarecedores: “Das leis, na relação que têm com o comércio considerado em sua natureza e em suas distinções” (Livro XX), “Das leis, em sua relação com o uso da moeda” (Livro XXII) – tudo isso a fim de dar cabo à missão proposta pelo próprio autor: “a lei, em geral, é a razão humana, na medida em que governa todos os povos da terra, e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas os casos particulares em que se aplica essa razão. Devem ser elas tão adequadas ao povo para qual foram feitas que, somente por um grande acaso, as leis de uma nação podem convir a outra. Cumpre que se relacionem com a natureza e ao princípio do governo estabelecido ou que se pretende estabelecer, quer elas o formem, como as leis políticas, quer elas o mantenham, como fazem as leis civis. Devem as leis ser relativas ao *físico* do país, ao clima frio, quente ou temperado; à qualidade do solo, à sua situação, ao seu tamanho; ao gênero de vida dos povos, agricultores, caçadores ou pastores; devem relacionar-se com o grau de liberdade que a constituição pode permitir; com a religião dos habitantes, suas inclinações, riquezas, número, comércio, costumes maneiras. Possuem elas, enfim, relações entre si e com sua origem, com os desígnios do legislador e com a ordem das coisas sobre as quais são elas estabelecidas. É preciso considerá-las em todos esses aspectos. É isso que pretendo fazer nesta obra. Examinarei todas essas relações; formam elas, no conjunto, o que chamamos de *Espírito da Lei*. (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 28, grifo no original [Coleção Os Pensadores]).

<sup>36</sup> Quanto às características gerais do positivismo – seus meandros e pormenores em autores como Comte e Carnap – veja-se: DUTRA. Luiz Henrique de Araújo. **Oposições Filosóficas: A Epistemologia e suas Polêmicas**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005. p. 47/66.



A ciência do direito será assim erigida em “verdadeira ciência” quando, tal como a ciência da natureza, se fundar sobre fatos indubitáveis. Mas onde se encontram esses fatos? Perante esta questão é que se dividem as diferentes orientações. A totalidade dos fatos sensíveis reparte-se, segundo a concepção dominante, em dois grandes domínios: o dos fatos e fenômenos do “mundo exterior”, que percebemos através das sensações, e que, como tais, são sensíveis, audíveis ou, de qualquer modo, mensuráveis, e o dos fatos e fenômenos do “mundo interior” ou anímico, que dizer, dos fatos psíquicos. Para ambos os domínios vale, evidentemente, de acordo com a perspectiva positivista, a lei geral da causalidade. [...] Ora, partindo-se destes pressupostos, o Direito [...] ou vem a ser visto como *fato psicológico*, ou então, porque se refere ao comportamento social dos mesmos homens, vem a ser integrado entre os fenômenos da *existência social* [...] No primeiro caso, chega-se a uma teoria psicológica do Direito [...] No segundo caso, chega-se a uma teoria do direito predominantemente sociológica, teoria que se interroga sobre as causas sociais (particularmente econômicas) e sobre os efeitos de certas instituições jurídicas, bem como sobre o Direito como meio a serviço de finalidades sociais<sup>37</sup>.

Daí, a posição ocupada por Santi Romano entre os autores do positivismo sociológico, como se verá com mais clareza quando, no segundo capítulo, se destrinçar a doutrina de Durkheim e Duguit.

A expressão “positivismo sociológico” está aqui, pois, a expressar justamente isto: corrente do pensamento jurídico que, mediante os pressupostos positivistas, pretende explicar o fenômeno jurídico entendido este como ente concreto e objetivo que sustenta as relações travadas no bojo social. O adjetivo que segunda o “positivismo” serve pontualmente para apartar tal espécie de positivismo de outra, o chamado “positivismo normativista”, do qual a maior expressão se dá no pensamento kelseneano.

---

<sup>37</sup> LARENZ. Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. trad. José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2009, p. 47/48. grifo no original.

Para Kelsen, também ele um autor que partilha de crenças positivistas, a ciência do Direito não procura explicar casualmente a conduta dos homens (como se passa com outras ciências como a História e Sociologia que, para o autor, partilham dos mesmos princípios das ciências naturais), mas, cuidando-se em verdade ciência social normativa, tem por tarefa

conhecer, compreender a sociedade humana. [... é então que passar a explicitar - talvez aí esteja o ponto central de sua teoria pura do direito no particular metodológico - o que é por ele entendido como sociedade no âmbito da ciência do direito...] A sociedade, como objeto de uma ciência social normativa, é uma ordem normativa da conduta dos homens uns em face dos outros. Estes pertencem a uma sociedade na medida em que a sua conduta é regulada por tal ordem, é prescrita, é autorizada ou positivamente permitida por essa ordem. Quando dizemos que uma sociedade determinada é constituída através de uma ordem normativa que regula a conduta recíproca de uma pluralidade de indivíduos, devemos ter consciência de que ordem e sociedade não são coisas diferentes umas das outras, mas uma e mesma coisa, de que a sociedade não consiste senão nesta ordem e de quem quando a sociedade é designada como comunidade, a ordem que regula a conduta recíproca dos indivíduos é, no essencial, o que há de comum entre esses indivíduos”. (KELSEN, 2006, p. 96/97).

Daí que, no pensamento kelseneano, a ciência do direito, lançando mão de proposições jurídicas (KELSEN, 2006, p. 80/84), tem por fim somente a descrição deste “dever-ser” estabelecido pela norma:

Quando a ciência jurídica tem de exprimir a vigência da ordem jurídica, isto é, o sentido específico com que a ordem jurídica se dirige aos indivíduos que lhe estão submetidos, ela apenas pode afirmar que, de harmonia com determinada ordem jurídica, realizado o pressuposto que consiste na prática de um ilícito pela mesma ordem jurídica determinado, se deve verificar a

efetivação de uma determinada consequência do ilícito, também por aquela ordem jurídica fixada. [...]. As proposições a serem formuladas pela ciência do direito apenas podem ser proposições normativas (*Soll-sätze*). Mas – e é esta a dificuldade lógica que se nos depara na representação desta realidade –, com o emprego da palavra “dever-ser”, a proposição jurídica formulada pela ciência do Direito não assume a significação autoritária da norma jurídica por ela descrita: o “dever-ser” tem, na proposição jurídica, uma caráter simplesmente descritivo. Porém, do fato de a proposição jurídica descrever algo, não se segue que esse algo descrito seja da ordem do ser, pois não só fatos da ordem do ser mas também as normas do dever-ser (*Soll-normen*) podem ser descritos” (KELSEN, 2006, p. 88/89).

Entretanto, a concepção romaniana – que evidentemente sublinha as origens institucionais do Direito – não pode ser tida como meramente sociológica, porque, num patamar distinto daquele delineado por Larenz, Romano quer retirar o conteúdo jurídico daquelas forças sociais, sublinhando nelas o que vem a ser “[...] a primeira, originária e essencial manifestação do Direito [...]” (ROMANO, 2008, p. 89). O próprio autor faz questão de enfrentar expressamente tal questão, na busca pelo objeto de estudo do Direito, que não se confunde com outros estudados pela Sociologia ou outras ciências:

se reivindicamos as fronteiras do direito, estas são, ainda assim, as mesmas que a tradição materialmente indicou, mesmo sem ter tentado elaborar uma exata definição teórica dele. [...] Quisemos tentar tal reivindicação mantendo-nos rigorosamente no campo de uma concepção positivo do direito e evitando qualquer tipo de ponto de vista jusnaturalista. O conceito de instituição que encontramos, ou melhor, com o qual identificamos o ordenamento jurídico, é o conceito mais positivo que uma doutrina jurídica pode assumir no seu fundamento: a instituição não é uma exigência da razão, um princípio abstrato, um *quid* ideal, é, ao contrário, um ente real, efetivo. Por outro lado, temos considerado tal ente

não da perspectiva das forças materiais que produzem e o regem, não em relação ao ambiente em que se desenvolve e vive como um fenômeno interdependente dos outros, não em relação ao nexo de causa e efeito que a eles se ligam, e, consequentemente, não do prisma sociológico, mas em si e por si enquanto advém de um ordenamento jurídico, ou melhor, é um sistema de direito objetivo<sup>38</sup>. Tivemos, naturalmente, de ir até as últimas regiões onde é possível respirar a atmosfera jurídica, mas nunca devemos ultrapassá-las. E, enquanto a teoria comum é obrigada a delimitar o campo do direito abstratamente e perante incertezas, nós tentamos concluir o direito em si, o seu reino e o seu fim. (ROMANO, 2008, p. 129, grifo nosso).

O próprio Bobbio – para quem o conceito romaniano de organização “[...] nunca vem claramente definido [...]”<sup>39</sup> – observa que “[...] a doutrina de Romano não tem, nem quer ter, relação alguma com a doutrina realista ou com a sociologia do direito[...]”<sup>40</sup>, posição também externada por Paolo Grossi, que vê em Santi Romano “[...] a figura de um docente no campo do direito público positivo, [...pensador est’último...] que nunca se protegeu com plumagem dourada do filósofo, que sempre refutou o que lhe pareciam ser nuvens do jusnaturalismo ou a areia movediça do sociologismo [...]”<sup>41</sup>.

Com efeito, a acusação de sociologismo só enfeixa efetivo sentido se se está com os pés firmados sobre o paradigma normativista que quer conceder à ciência do direito o papel de descrever a mera ordem do dever-ser. Quando, porém, se estabelece que a origem do Direito – origem esta, registre-se, passível de apreensão empírica – encontra-se na ordem dos fatos, quer parecer evidente que outra não pode ser a postura do jurista – jurista positivo – senão a de lançar suas atenções por sobre o conteúdo jurídico daqueles fatos, sobre a expressão

<sup>38</sup> Aqui, uma vez mais, a revelar a postura positivista do autor, na defesa do estabelecimento do Direito como ciência com seu próprio objeto e método, absolutamente diversos daqueles de que se valem outras áreas do conhecimento.

<sup>39</sup> Livre tradução do original: “[...] *non viene mai chiaramente definito* [...]” (BOBBIO, 1977, p. 28).

<sup>40</sup> Livre tradução do original “[...] *La dottrina di Romano non ha e non vuole avere niente a che vedere con la dottrina realistica né con la sociologia giuridica* [...]” (ibid., p. 31).

<sup>41</sup> Cuida-se de passagem de Grossi constante da introdução da edição brasileira de *L’Ordinamento Giuridico* (ROMANO, 2008, p. 11)

jurídica deles, até mesmo como forma de – sendo eles a fonte de juridicidade das normas – compreender de modo exato o caráter jurídico das normas:

De resto, não pode existir direito antes e fora da instituição porque falta a organização que torna jurídica a norma. O direito não pode ser somente norma posta pela organização social, como freqüentemente se afirma, mas é organização social que, entre as suas outras manifestações, põe também a norma. (Romano, 2008, p. 95).

Portanto, de rigor sublinhar que se cuida, sim, de posição estritamente jurídica a abraçada por Santi Romano, cujas idéias não se confundem com aquelas voltadas para outras áreas do conhecimento que não a jurídica, entendida ess'última, em seu sentido estritamente positivo, sem a necessidade de lançar mão de pressuposições ou de juízos de direito natural.

## 1.2 A PLURALIDADE DOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

Ora, se se parte da premissa de que, antes de ser norma, o direito é organização, logo há de perceber-se como corolário lógico<sup>42</sup> que, onde houver alinhavos desta última (em seu caráter institucional), existirá, de igual modo, o fenômeno jurídico, tudo a possibilitar uma compreensão plural do Direito, que passa a existir sempre que aquele estiver presente.

Esse chamado “princípio da pluralidade dos ordenamentos jurídicos” (ROMANO, 2008, p. 137), vai de encontro sobremaneira à

---

<sup>42</sup> Neste particular, tem razão Bobbio quando, sem desconhecer que grande parte dos pluralistas são institucionalistas, rejeita a direta e necessária vinculação entre monismo e normativismo, e entre teoria do ordenamento e pluralismo, na certa premissa de que “[...] *il riconoscimento di una molteplicità di ordinamenti oltre quello dello Stato non dipende dalla definizione del diritto come norma o come istituzione, ma dai caratteri specifici che vengono attribuiti alla norma giuridica o alla istituzione giuridica per distinguerle rispettivamente della norma non giuridica e dalla istituzione non giuridica* [...] *Non si può confondere l'antinormativismo con l'antistatalismo: la confusione nasce soltanto se si risolve il concetto di norma giuridica in quello di norma statale, risoluzione che, per quanto lecita e di fatto frequentemente compiuta, non è necessaria. Non si riesce a vedere infatti che, partendo dalla norma, si debba necessariamente arrivare alla dottrina monistica se non si parte dal presupposto tutt'altro che inevitabile che non vi siano altre norme giuridiche che le norme statali*” (BOBBIO, 1977, p. 30). De qualquer forma, é clara a posição romaniana: um autor que, além de pluralista, é institucionalista.

posição que, típica da Modernidade<sup>43</sup>, reduz o jurídico à manifestação estatal, fazendo do Direito algo intrinsecamente ligado à norma estatal, movimento esse que, mais tarde, vai ser alçado aos píncaros, com a posição segundo a qual “[...] do ponto de vista de um positivismo jurídico coerente, o Direito, precisamente como o Estado, não pode ser concebido senão como uma ordem coercitiva de conduta Humana [...] E, então, o Estado pode ser juridicamente apreendido como sendo o próprio direito – nada mais nada menos” (KELSEN, 2006, p. 353, grifo nosso). Realmente, negando peremptoriamente que o sistema legislativo estatal seja o único sistema jurídico existente, o autor esclarece:

---

<sup>43</sup> É, neste sentido, fora de dúvida que o jusnaturalismo contratualista foi a doutrina que, embaixadora da Modernidade, deu sustentação teórica à construção do Estado Moderno, processo esse que implicou a supressão do múltiplo arranjo de ordenamentos medievais, com o estabelecimento do “verdadeiro direito” como somente aquele determinado pela soberania estatal. Realmente, a estipular direitos inerentes aos indivíduos – em Hobbes a vida, em Kant a liberdade, em Locke a propriedade –, e a defender que somente as prescrições advindas do soberano, na pressuposição do contrato social, seriam aqueles capazes de resguardar aquele direito natural, parece claro que todos os outros ordenamentos existentes não poderiam ser considerados como Direito – cuja existência estaria justificada na proteção aos direitos naturais. É seguindo essa ordem de idéias que devem ser entendidas passagens como: “[...] A primeira lei positiva e fundamental de todas as comunidades consiste em estabelecer o poder legislativo; como a primeira lei natural fundamental que deve reger até mesmo o poder legislativo consiste na preservação da sociedade e, até o ponto em que seja compatível com o bem público, de qualquer pessoa que faça parte dela. Esse poder legislativo não é somente o poder supremo da comunidade, mas sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade uma vez o colocou; nem pode qualquer edito de quem quer que seja, concebido por qualquer maneira ou apoiado por qualquer poder que seja, ter a força e a obrigação da lei se não tiver sanção do legislativo escolhido e nomeado pelo público; porque sem isto a lei não teria o que é absolutamente necessário à natureza de lei: o consentimento da sociedade sobre a qual ninguém tem o poder de fazer leis senão por seu próprio consentimento e pela autoridade dela recebida” (LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. trad. E. Jacy Monteiro *et al.* 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p. 86 [Coleção Os Pensadores]); ou nas palavras postas por Hobbes na boca do filósofo que dialoga como o jovem jurista “[...] o que faz uma lei não é a sabedoria, e sim a autoridade. Obscuras também são também as palavras ‘razão jurídica’: nas criaturas terrenas não há razão outra que não a razão humana. Mas suponho que ele queira dizer que a razão de um juiz ou de todos os juízes juntos, sem o rei, seja essa *summa ratio* e a verdadeira lei, o que eu nego, porque fora aquele que tem o poder legislativo ninguém pode fazer uma lei. É claramente falso que a lei tenha sido depurada por homens graves e doutos, ou seja, os professores de direito, pois todas as leis inglesas foram feitas pelos reis da Inglaterra, que consultaram a nobreza e os comuns do parlamento onde em vinte homens não se encontra um único jurista douto” (HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004, p. 37); e ainda o texto kantiano: “[...] o Poder Legislativo só pode caber à vontade conjunta do povo. De facto, visto que dele deve dimanar todo o direito, não poderá, mediante a sua lei, actuar injustamente com ninguém. Pois se alguém decreta algo em relação a outrem, é sempre possível que assim cometa contra ele uma injustiça, mas nunca naquilo que sobre si mesmo decide (com efeito, *volenti non fit iniuria*). Assim, na medida em que decidem o mesmo, cada um sobre todos e todos sobre cada um, só a vontade popular universalmente unida pode ser a legisladora” (KANT, 2004, p. 128).

quem concebe o Estado como somente uma das formas – mesmo sendo ela a mais evoluída da sociedade humana –, sem, portanto, reconhecê-la como uma divindade, o que não se faz em relação a outras formas que o precederam ou que são contemporâneas a ele, deve também admitir que o ordenamento destas outras deva ser considerado como jurídico, não menos e a título não diferente do ordenamento estatal. De fato, qual poderia ser o nexo necessário entre direito e Estado através do qual o primeiro possa ser imaginado como um produto do segundo? Não só é impossível demonstrar a inexistência deste nexo, como, ao contrário, se pode demonstrar que ele não existe. (ROMANO, 2008, p. 141).

É neste sentido, aliás, que as idéias romanianas estão marcadamente ligadas ao seu momento histórico: é que essa mesma teorização do pluralismo reflete, no mundo da teoria do Direito, a crise vivenciada pelo Estado moderno no início do século XX (ROMANO, 1969, p. 5/26), tempo em que as mitologias<sup>44</sup> esquadrinhadas pela Modernidade Jurídica começam a ruir<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> “[...] il mito è una nonverità, un errore, una ‘inopia’, ma è anche immaginazione, una immaginazione “favolosa” (mito, infatti, originariamente, non significa che favola), che ha potuto spesso, come è noto, essere riaccostata alla poesia o alla “spienza poetica”. Più esattamente, in quanto vuole esse un concetto, il mito è stato definito, non trascurandone il carattere poetico, un ‘universale fantastico’, cioè non ragionato, che nasce dal bisogno di intendere ciò che non si intende, e di esprimerlo con immagini non potendo con termini propri [...] il mito ha altresì un senso mistico, è una credenza che ha carattere di fede e quindi assume sempre un certo tono religioso, anche quando non riguarda la religione propriamente detta [...] il mito giuridico può formarsi e limitarsi entro una cerchia più ristretta di persone, ma anch’esso non è opinione singolare o isolata. Di solito, è credenza accolta da un numero molto variabile, ma sempre notevole, di individui che partecipano in un modo o in un altro alla vita pubblica, ora attivamente ora come spettatori che tuttavia giudicano e valutano l’opera degli attori dal punto di vista de concezioni e convenzioni comuni” (id., 1953, p. 127/128).

<sup>45</sup> Acerca do itinerário romaniano – apto a indicar já no início do século XX a necessidade, prática e teórica, da descoberta da complexidade jurídica, do direito para além do Estado e da Lei – confira-se: GROSSI, P. **Scienza Giuridica Italiana: Um Perfil Storico, 1860-1950**. Milano: Giuffrè. 2000. p. 109/117. Na mesma obra, confira-se ainda o capítulo quinto, sobretudo o seu tópico terceiro – *La semplicità perduta: una guerra e un dopoguerra* (ibid., p. 130/134), onde o autor relaciona, no momento histórico vivenciado por Santi Romano, o abalo de concepções típicas da Modernidade com o período entre as grandes guerras mundiais, estremecimento este que, mais do que limitado a determinado período da história, seria indicativo de uma profunda mudança que, daquele momento em diante, viria a acompanhar o fenômeno jurídico constantemente (GROSSI, 2000, p. 133/134).

De fato, o arranjo político *eccessivamente semplice* (ROMANO, 1969, p. 13) desenhado pela Revolução de 1789 - ocorrida “[...]’o país que é talvez o mais inclinado a concepções mais ou menos mitológicas das instituições político-jurídicas [...]”<sup>46</sup> - não dava mais conta de apreender o fenômeno social – que trazia em si vestes jurídicas – então consolidado na Itália do início do século XX: o associativismo, o sindicalismo, o cooperativismo e tantos outros organismos sociais (ROMANO, 1969, p. 12) que, em sua complexidade, criavam um direito absolutamente desgarrado do Estado, tirando do homem aquela carapuça abstrata e individualista de que dotado por obra e graça do movimento revolucionário francês<sup>47</sup>.

Deveras, “[...] o sucesso da teoria pluralista foi realmente um efeito de ter ela dado uma representação mais satisfatória da realidade social, no exato momento em que a agitação das forças sociais, secundadas pela pressão da ‘questão social’, ameaçava de explodir – em alguns países isso já se havia dado – a tampa do Estado [...]”<sup>48</sup>.

Assim, concepções destituídas de chão fático como o “estado de natureza”, o “contrato social”, a “vontade geral”, e os “direitos naturais” - inerentes ao abstrato “homem” independentemente das contingências sócio-políticas - como ainda a simplista contraposição entre “estado-pessoa x indivíduo abstrato e isolado” passam a ser vistas com reservas pelo jurista Santi Romano, que, atento ao seu momento histórico, percebe que o fenômeno jurídico em muito ultrapassa aqueles contornos teóricos<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Livre tradução do original: “[...] il paese che è forse quello maggiormente incline alle concezioni più o meno mitologiche delle istituzioni politico-giuridiche [...]” (id., 1953, p. 132).

<sup>47</sup> Urge precisar o que se está a defender com as palavras mesmas do autor: “[...] il nucleo di verità più indiscutibile che anima le moderne tendenze al sistema corporativo sta nel rilievo molto semplice, che i rapporti sociali che direttamente interessano al diritto pubblico, non si esauriscono in quelli che hanno per termini l’individuo, di una parte, lo Stato e le comunità territoriale minori, dall’altra. Come sarebbe del tutto contrario al più evidente e sicuro processo storico da cui la nostra civiltà è derivata, prescindere da quest’ultime, così appare esigenza elementare e fondamentale tener conto anche delle organizzazioni sociali derivanti da vincoli diversi da quelli territoriali” (ibid., p. 19).

<sup>48</sup> Livre tradução do original: “Il successo della teoria pluralistica fu infatti l’effetto dell’aver dato una rappresentazione della realtà sociale più soddisfacente, proprio nel momento in cui il ribolimento delle forze sociali, seguito alla pressione della “questione sociale”, rischiava di far saltare - e in taluni paesi questo salto era già avvenuto - il coperchio dello Stato” (BOBBIO, 1977, p. 31).

<sup>49</sup> E outras bases do pensamento jurídico moderno, como Soberania, são também alvo das críticas romanianas: “[...] La Sovranità del popolo può essere un mito se, per esempio, la effettiva potestà governativa si concentra nelle mani di un principe, cui si immagina che essa sarebbe stata delegata dal popolo. Mito può anche essere la personalità dello Stato e, infatti, è



Certamente, o pluralismo põe em xeque o fruto mais vistoso e maduro daquele alinhavo teórico moderno, qual seja, o monismo estatal<sup>50</sup>: é então que as fontes do direito se alargam, como forma de dar voz jurídica a forças sociais outrora inauditas, outrora esquecidas e ignoradas ao mero limpo fático que, na concepção subjetivista estatista, não enfeixava forças para produzir o fenômeno jurídico, então enclausurado pelas muralhas das leis estatais<sup>51</sup>.

Como já sublinhado, o Direito – sinônimo de organização – é forma, mas, aqui, uma forma institucional, cujo conteúdo não pode ser determinado *a priori* (a rechaçar Romano, desta forma, qualquer vinculação com o jusnaturalismo), nem derivado necessariamente do Estado.

Quanto a est'última figura - o Estado, analisado em pormenor adiante – Santi Romano, um sagaz observador, jamais negara sua geração, expansão e fortalecimento como fruto da Idade Moderna (seria mesmo um equívoco pretender ignorá-los); o sentido apontado pela obra romaniana, porém, é bem claro: esse fato histórico verdadeiro não merece “[...] ter exagerada sua dimensão nem mesmo deve ser generalizado [...]” (ROMANO, 2008, 142) devendo ser indicada, ao revés, a tendência antípoda a essa verificação história designada pelo autor mesmo por Crise do Estado Moderno, com a fragmentação dos nascedouros do fenômeno jurídico.

Sem arroubos, o autor não defende o fim do Estado, nem a exclusão desse último como gerador do fenômeno jurídico; o que faz o autor é sublinhar que, contingente, o arranjo jurídico advindo da Modernidade Jurídica – sobremodo a idéia conforme a qual “[...] o Direito seria somente uma força ou uma vontade, que se irradia do Estado (na comunidade internacional, de vários Estados), e somente deste [...]” (ROMANO, 2008, p. 138) – vai de evidente encontro “[...] não só ao conceito de direito que nós delinhamos [... eis aí, sem dúvida, o privilegiado olhar de um jurista atento ao mundo que o cerca...], mas

---

*noto che essa, prima ancora de venire consacrata e tradotta in un atto negli ordinamento di certi Stati, si è attribuita a tutti gli Stati, sia da filosofi sia da giuristi e si continua ad attribuirle anche adesso agli Stati in cui diritto positivo la disconosce o l'ignora. Mitica è pure la concezione della rappresentanza politica da parte delle Camere c.d. rappresentative o di altri corpi o di individui, quando essa si configura come rappresentanza di volontà, mentre è semplice rappresentanza di interessi [...]”* (ROMANO, 1953, p. 133).

<sup>50</sup> “[...] A chamada crise do Estado moderno implica justamente a tendência segundo a qual uma série grandíssima de grupos sociais tem de constituir-se como uma esfera jurídica independente” (id., 2008, p. 142).

<sup>51</sup> Em pormenor, acerca da relação entre a *crisi dello Stato e delle fonti* e ainda *della legge* confira-se: GROSSI, 2000, p. 149/155.

também com a história e com a vida jurídica hodierna, tal qual se desenvolve na realidade” (ROMANO, 2008, p. 138).

Estabelecidas tais premissas, cumpre, primeiramente, conceituar o ente estatal segundo as idéias romanianas, para, depois, apontar os outros ordenamentos jurídicos de que, igualmente possuidores de contornos jurídicos como aquele estatal, se ocupou Santi Romano.

### 1.2.1 O Estado em Santi Romano

Indicada já a negação de um vínculo necessário entre Direito e Estado<sup>52</sup>, a identidade propugnada por Romano, distinta desta primeira, é bem outra, e refere-se ao fato de que “[...] o Estado e o ordenamento Jurídico estatal são a mesma coisa [...]” (ROMANO, 2008., p. 119), e é a partir dele que o autor, firme em que o Estado passa a ser entendido como uma entre tantas outras instituições, explicita o seu próprio conceito de Estado:

[...] a primeira e mais genérica nota da noção de Estado que deve ser ressaltada é aquela segundo a qual o Estado constitui uma ‘instituição’, no sentido de ‘ente’ ou ‘corpo social’. Isto implica que o Estado não se reduz a uma pluralidade de indivíduos nem tampouco a uma relação ou a uma série de relações interpostas entre os indivíduos. Ele é uma unidade firme e permanente; tem uma existência firme e concreta, exterior e visível; possui uma organização ou estrutura que absorve os elementos que dele fazem parte e que é superior e preordenada aos mesmos elementos e às suas relações, de modo que não perde a sua identidade com as mutações de tais elementos (ROMANO, 1977., p. 61).

---

<sup>52</sup> “[...] tendo por base os dois princípios, o da pluralidade das ordenações jurídicas e o da sua possível não exclusividade, o Estado deve ser considerado não como a única ordenação jurídica existente, mas como uma das ordenações que constituem o mundo jurídico existente e que, entre si, vivem ora em relação de coexistência social, ora em luta, ora ignorando-se uma às outras” (id., 1977, p. 77).

Sublinhada a possibilidade de o Estado ser uma pessoa jurídica – como ainda a de não sê-lo<sup>53</sup> –, a identidade entre instituição estatal e Estado faz frente à concepção segundo a qual, para além do Direito, o Estado seria como que uma fonte dele, situada, porém, fora de seus limites; como se o Direito – certamente identificado como mero conjunto de normas – fosse algo posterior ao Estado, e tivesse o poder de limitar o poderio dest’último<sup>54</sup>.

Certo de que Estado e ordenamento estatal “[...] não são, como dito, dois fenômenos diferentes e nem mesmo diferentes manifestações de um mesmo fenômeno, mas a mesma e única coisa [...]” (ROMANO, 2008, p. 117), tal identificação impossibilita que se pensasse num momento em que, supostamente, o Estado (inexistente, então, o Direito) pudesse ser ilimitado (ROMANO, 1943, p. 55/56)<sup>55</sup>.

Aqui certamente tem relevância o já indicado conceito romaniano de constituição, a distingui-la das leis conforme o pensamento aristotélico: muito mais do que norma (embora não se negue que esta última manifeste, de alguma forma, a constituição), é nela - na constituição - que o Estado concretiza-se em sua organização real e complexa, sendo impossível apartar os momentos em que tais fenômenos vêm à tona.

O elemento estrutural do ente estatal vai de encontro, ademais, à concepção contratualista que via o Estado como fruto de um pacto firmado, como, enfim, resultado da vontade dos indivíduos<sup>56</sup>, os quais, renunciando a parcela mínima de sua liberdade natural, colocavam-na

---

<sup>53</sup> O Direito Público de então não enfeixava os contornos que, incontrovertidos, possui hodiernamente no particular. ROMANO. S. Corso di Diritto Costituzionale. Padova: CEDAM, 1943, p. 55. Indicando a necessária relação que a análise de tal questão tem de ter com o direito positivo de cada qual dos Estados, e tecendo críticas ainda ao entendimento que quer negar ao Estado, sempre, a condição de pessoa jurídica, o autor faz notar que “[...] o mais elementar conhecimento da história jurídica mostra que, antes do aparecimento do estado moderno, todos os poderes, os direitos e atos que agora se referem ao Estado eram concebidos como próprios do soberano ou de outras pessoas, consideradas singular ou coletivamente (o povo, a classe aristocrática etc.), de maneira que não havia e nem poderia haver lugar para a personalidade do Estado [...]” (id., 1977, p. 78/79).

<sup>54</sup> Santi Romano dá como referência de tal pensamento Jellinek (ROMANO, 2008, p. 117).

<sup>55</sup> Ainda confira-se: Romano, 1943, p. 55/56.

<sup>56</sup> A reforçar o caráter anti-voluntarista do ente: “[...] o Estado é uma comunidade necessária, isto é, não voluntária, no sentido de que dele fazem parte todos aqueles que, independentemente de sua vontade, mesmo contra esta, são considerados pela ordenação jurídica pertencentes ao Estado [...] nem a isto se contrapõem as famosas teorias “contratualistas” do Estado, que, qualquer que seja seu valor filosófico, não tem consistência jurídica, uma vez que a composição do Estado só se estabelece por força de uma ordenação superior à vontade de cada um de seus membros” (id., 1977, p. 68).

nas mãos do soberano estatal, cuja função era a proteção dos direitos naturalmente enfeixados pelo “Homem”<sup>57</sup>.

Analisado o Estado, então, como instituição e indicados alguns dos contornos teóricos contra os quais se coloca essa posição, cumpre identificar qual é a singularidade que distingue o Estado de todas as demais instituições.

Neste ponto, definido o Estado como ente territorial (ROMANO, 1943 p. 50)<sup>58</sup>, Santi Romano passa a ver como *differentia specifica* do Estado o fato de ser um ente territorial dotado de Soberania, entendia est’última, não como um somatório de alguma liberdade renunciado no momento do abstrato pacto social<sup>59</sup>, mas como, em passagem de tom

<sup>57</sup> Os contornos do formalismo romaniano - sendo o Estado uma instituição – repetem-se aqui, preocupado o autor com uma visão estrutural – e não funcional – do Estado: “[...] toda a ordenação autônoma, e portanto, a estatal, determina as matérias que constituem o seu conteúdo, com base nos interesses concernentes aos seus fins e nos meios de que dispõe para alcançar estes últimos. Um princípio absoluto que por sua vez determine esses fins e, por conseguinte, estes meios [...] falta concretamente em toda a ordenação jurídica. Algumas constituições contêm a esse respeito declarações muito vagas e praticamente inúteis (por exemplo, aquela dos Estados Unidos da América de 17 de setembro de 1787; da segunda República Francesa de 4 de novembro de 1848 [...]). O único princípio que em abstrato pode ser juridicamente formulado é aquele já referido, extraído da definição do Estado como ente político, isto é, com escopos gerais: ele pode propor-se a qualquer fim, e não há nenhum fim a que deva naturalmente propor-se, e, portanto, quaisquer que sejam os que num determinado momento escolhe ou exclui, tal não resulta senão do complexo de sua ordenação. Não é possível à teoria do direito positivo unificar os primeiros reduzindo-os sob o denominador comum de um fim último e supremo, uma vez que eles são absolutamente díspares: a justiça, a religião, a moral, o costume, a defesa geral, a ordem pública, o incremento do bem-estar social, as mais variadas oportunidades, mesmo contingentes, exigências técnicas de toda natureza etc.” (id., 1977, p. 95/96, grifo nosso).

<sup>58</sup> Para uma análise detida sobre os elementos essenciais do Estado – governo, território e povo – consultem-se Romano (1977, p. 64/68). Em particular, quanto ao território “[...] *questo non è soltanto uno spazio riservato all’azione dello Stato, ma concorre a costituirlo, l’individua nella sua reale e tangibile esistenza, in modo che lo Stato vien meno se perde il suo territorio e si modifica questo suo elemento*” (id., 1943, p. 50). Firme em que as preocupações deste opúsculo dizem menos com a Teoria Geral do Estado e mais com a Teoria do Direito, o que interessa aqui é ter em mente que, em razão da simultaneidade em que nascem direito estatal e Estado, os elementos constituintes do Estado são, todos eles, jurídicos, refutando Romano o pensamento que os tem como pré-jurídicos: “[...] Houve quem negasse que tais elementos pudessem ser considerados pelo jurista, tendo por base o artificioso argumento de que, sendo o direito elaborado pelo Estado, tudo aquilo que o constitui é anterior, e portanto, estranho ao direito. Tal opinião, para ser conseqüente, deveria chegar até o ponto de negar que não só os elementos do Estado, mas também o próprio Estado, possam ser apreciados e concebidos juridicamente. Isto, de qualquer modo, fica superado quando se afirma que o Estado é um puro ente jurídico, que abrange seus elementos qualificando-os como tais, determinando sua estrutura e, por isso, não é senão ordenamento jurídico” (ROMANO, op. cit., p. 63/64).

<sup>59</sup> “[...] As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedade, cansados de viver em contínuo estado de guerra, e de gozar uma liberdade tornada inútil pela incerteza de ser conservada. Eles sacrificaram parte dela para gozar o restante com

realista, “[...] uma força ou eficácia superior à das outras ordenações existentes no seu âmbito e que lhe são subordinadas [...]” (ROMANO, 1977, p.89). A considerar autonomia como sinônimo de soberania, em remate, pois:

Esta independência, ou soberania, relativa ao Estado como ordenamento jurídico significa que ele é um ordenamento originário: tal característico é comum a outros ordenamentos não-territoriais (v.g., àqueles da Igreja, da comunidade internacional etc.), mas, entre aqueles territoriais, encontra-se (tal característico) somente no Estado, e implica que esse não deriva de outro ordenamento, mas se põe, se modifica, por si, e, então, possui uma eficácia e validade que não lhe é dada por outro ente externo, mas é puramente interna.<sup>60</sup>

Daí a definição geral, e então pontual, de Estado, conforme a qual “[...] é Estado toda a ordenação jurídica territorial soberana<sup>61</sup>, isto é,

---

segurança e tranquilidade. A soma de todas estas parcelas de liberdade sacrificadas o bem de cada um constitui a soberania de uma nação, e o soberano é o seu legítimo depositário e administrador” (BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. trad. José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998, p. 63, grifo nosso).

60 Livre tradução do original: “Questa indipendenza o sovranità, riferita allo Stato come ordinamento giuridico, significa che esso è un ordinamento originario: tale carattere è comune ad altri ordinamenti non territoriali (p. es. a quelli della Chiesa, della comunità internazionale etc.), ma, fra quelli territoriali, si riscontra solo nello Stato, e implica che esso non deriva da un altro ordinamento, ma si pone e si modifica da sé e quindi ha una efficacia e validità, che non gli è comunicata dal di fuori, ma è puramente interna” (Id., 1943, p. 59).

<sup>61</sup> Ainda no que tange à soberania, necessário derradeira consideração: é que a soberania de cada ordenamento deve ser analisada segundo os seus próprios rigores positivos, de sorte que pode ocorrer de determinada instituição conceder-se a si mesma, em seu âmbito interno, soberania, sem que tal fato implique necessariamente possuir ela autonomia perante outras instituições que, maiores do que ela, lhe são superiores. Com efeito, “[...] se se considera a ordenação interna do Estado, este, mesmo como pessoa, é sempre soberano, porque no âmbito de eficácia de sua ordenação não há nenhum outro sujeito a ele superior; se houvesse, tal sujeito poderia sobrepor seu ordenamento ao primeiro, o qual ao seu turno não seria mais originário. Se se considera a posição do Estado em relação às demais ordenações que se concretizam em comunidades maiores das quais ele faz parte [...] então sua soberania pode faltar. Mas, note-se bem, trata-se de duas posições diversas: numa a soberania do Estado é atribuída pelo seu direito interno, noutra pode ser-lhe atribuída ou negada pelo direito de uma comunidade mais ampla [...] A primeira é independente da segunda; por isso pode-se afirmar corretamente que o Estado tem uma soberania interna, mesmo quando desprovido de uma soberania externa: externa em relação ao direito estatal. Além disso, a soberania externa nem sempre é única. Podem existir tantas soberanias quantas forem as comunidades mais amplas nas quais o Estado entra com tal qualificação” (ROMANO, 1977, p. 92).

originária [...] (ROMANO, 1977, p. 92); e, sendo o Estado pessoa conforme os rigores do seu direito positivo, pode-se defini-lo como “[...] pessoa jurídica territorial soberana [...]” (ROMANO, 1977, p. 93).

### 1.2.2 O Direito Internacional e o Direito Esclesiástico

Talvez seja no Direito Internacional<sup>62</sup> – campo em que, ao contrário do que se dá com o fenômeno jurídico estatal, a regra é a ausência de lei, de uma vontade superior e abstrata capaz de fazer concretos seus desígnios por meio de suas prescrições a todos oponíveis – que os rigores da teoria do direito romaniana mostre seu efetivo valor, e a sua qualidade de, na busca de uma precisa definição de direito,

[...] ser forjada fazendo com que nesta [...] em dita definição [...] possa ser incluída não somente o que por tradição científica, mas também por sentimento comum e sobretudo por uma prática constante nunca desmentida, assim é considerado [...] o jurista não deve subordinar a realidade ao conceito, mas sim o conceito à realidade (ROMANO, 2008, 97)<sup>63</sup>.

Externando sua posição dualista<sup>64</sup>, o autor, olhos voltados à sua própria concepção de Direito, dá certos contornos ao desde sempre

<sup>62</sup> Para uma localização mais precisa das idéias romanianas dentro das diversas correntes do Direito Internacional - sobretudo quanto à problemática das fontes do direito internacional, à composição da sociedade internacional, e ao papel exercido pela sanção naquela esfera – veja-se: ZICCARDI, Piero. *Il Diritto Internazionale*. in RUFFIA, 1977, p. 147/155.

<sup>63</sup> Sem maiores cerimônias, o autor desde logo faz afastar concepções algo céticas quanto à existência do Direito Internacional: “[...] não nutrimos dúvidas quando consideramos errôneas ou incompletas as definições que chega mesmo a negar o Direito Internacional, seja na sua existência, seja – o que não é muito diferente – na sua autonomia, ao considerá-lo uma externalização ou projeção do direito interno dos vários países” (ibid., p. 97). Veja-se, igualmente, agora em momento em que o autor debruça-se em pormenor sobre a questão (ROMANO, S. *Corso di Diritto Internazionale*. 4. ed. Padova: CEDAM, 1939, p. 45/46).

<sup>64</sup> Com efeito, quando trata das relações entre direito estatal e direito internacional, Santi Romano desenha como princípio fundamental da matéria o da “separação entre esses dois ordenamentos jurídicos”, seja no que concerne às suas respectivas fontes, seja no que tange às suas esferas de eficácia (ROMANO, 1939, p. 45/46), sem jamais olvidar, no entanto, das relações que eles mantêm entre si. O fenômeno do reenvio, por exemplo, é analisado em pormenor in Romano (1939, p. 47/51). Também aqui em evidente contraponto com a posição

controvertido Direito Internacional: ora, se o direito é sobretudo organização, e se o direito normatizado estatal é um reflexo de uma organização que dá base e sustento ao Estado, o Direito Internacional - antes de ter respaldo num direito natural qualquer<sup>65</sup>, ou antes de ser o fruto da vontade dos Estados (esteja essa, bilateral, manifestada num acordo<sup>66</sup>, ou, já então unilateral, na próprio talante de cada qual<sup>67</sup>) - será justamente aquele contornos de organização que alcançam, como que os dominando, cada um dos Estados membros da comunidade internacional, na exata premissa de que

[...] o direito internacional parece verdadeiramente direito somente enquanto vincula e domina a vontade estatal, ou seja, enquanto a transcende e se afirma como entidade em si, a qual [...] é o ordenamento da comunidade internacional, a que os Estados individualmente estão, mesmo que limitadamente, subordinados (ROMANO, 2008, 144).

Logo, em Santi Romano, o Direito Internacional será a própria instituição que regula o modo pelo qual se relacionam os Estados na esfera internacional<sup>68</sup>. É essa estrutura, esse corpo social, essa

---

normativista kelseneana de contornos monistas: KELSEN, H. **Princípios do Direito Internacional**. trad. Gilmar Antônio Bedin e Ulrich Dressel. Ijuí: Ed. Ijuí, 2010, p. 519/524.

<sup>65</sup> Realmente, no que tange à comunidade internacional, “[...] *nessun scopo è specificamente proprio di essa e nessuno Le è necessariamente estraneo*” (ROMANO, 1939, p. 17).

<sup>66</sup> Aqui, sem dúvida, Santi Romano critica a posição segundo a qual - na pena principalmente de autores como Dionisio Anzilotti (1867/1950), célebre jurista e diplomata italiano, cuja obra *Corso de Diritto Internazionale* vem reiteradamente citada por Santi Romano - a fonte primeira do Direito Internacional, fruto da vontade dos Estados, diria com os acordos internacionais. A relação entre esse tipo de perspectiva e aquela que, voltada ao direito interno, lança mão da mitológica figura do Estado de Natureza e do Contrato social é posta em relevo pelo próprio autor *in* Romano (2008, p. 100/101).

<sup>67</sup> Neste momento, cuida-se de criticar a posição cujo expoente maior fora Hegel (1770/1831), para quem os Estados, quando se relacionam entre si na esfera internacional, “[...] encontram-se uns perante os outros num estado de natureza e os seus direitos não consistem numa vontade universal constituída num poder que lhe é superior, mas obtêm a realidade das suas recíprocas relações na sua vontade particular” (HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 303). Em pormenor, confirmam-se *in* (ROMANO, 1939, p. 1/5), as críticas do autor endereçadas às concepções que definem o Direito Internacional como “[...] *ordinamento dei rapporti tra gli Stati*, [...ou partindo da premissa de que...] *gli Stati non possano essere sottoposti ad altro ordinamento che non derivi e dipenda da ciascuno de essi* [...ou, ainda, confundindo-o com...] *la giustizia, o il e.d. diritto naturale in materia internazionale*[...]”.

<sup>68</sup> Apesar de ver na *consuetudine* “[...] *altra fonte importante del Diritto Internazionale*” (ROMANO, 1939, p. 33), de rigor explicar que o primeiro momento fundante do direito

verdadeira instituição em que imersos os Estados – a Comunidade internacional (aqui utilizada como sinônimo de Comunidade de Estados) – que constitui, em seus princípios fundamentais,<sup>69</sup> o ordenamento relativo ao que se designa Direito Internacional. Com efeito:

A sua formação (da comunidade internacional) com a sua estrutura atual terá de ser desenvolvida, lenta e certamente, independente do direito; mas esta comunidade, uma vez constituída como é atualmente, fez com que se tornasse jurídico o princípio de que os Estados deverão contribuir com a própria vontade à emanção de novas normas, do mesmo modo que serão jurídicos os atos formados por tais acordos, mas pelo surgimento da comunidade internacional contemporânea. Isso significa que tais acordos não possuem, como muitos acreditam, um vida própria, independente da pré-existência do direito objetivo, e, nem menos, como acreditam outros, extraem sua eficácia do costume. Ele apóia-se, ao contrário, em um princípio colocado com o surgimento da comunidade internacional, princípio inerente à sua própria constituição, marcado pelas atuais características institucionais. Seria abstratamente possível que tal princípio mudasse, não somente por meio de declarações de vontade demonstrando o comum acordo entre os Estados, mas também por vias de fato, por modificações que a comunidade internacional eventualmente pudesse sofrer [...]. (ROMANO, 2008, p. 102/103)

---

internacional não se confunde nem mesmo com esta última: “[...] *Tali Comunità in tanto esistono in quanto sono degli ordinamenti, da cui possono dedursi delle norme. Senonché, specialmente per la prima, è da considerarsi che essa si è formata non mediante un contratto o patto sociale, ma per un procedimento storico complesso che si è imposto alla volontà degli Stati e non può dirsi che sia la conseguenza di tale volontà. Ne deriva che il suo primo diritto, il primo nucleo del suo ordinamento, la sua prima pietra non è diritto volontario nel senso che a questa espressione si suole attribuire. E non è nemmeno diritto consuetudinario, perché non sempre si è venuto formando poco a poco, come quest’ultimo, ma è sorto col sorgere dalla comunità, è immanente ad essa e con essa connaturato*” (ibid., p. 31/32, grifo nosso).

<sup>69</sup> “La prima e originaria fonte di esso è data da quei principi fondamentali o costituzionali, che, come si è accennato, si pongono con la stessa esistenza, da cui non possono separarsi, della comunità internazionale più ampia (e allora sono di diritto generale) o delle comunità internazionali più ristrette (nel quel caso, sono di diritto particolare)” (ibid., p. 31).



Veja-se que, uma vez mais, o fenômeno jurídico – impessoal, uno e objetivo (para além de qualquer alinhavo subjetivo característico dos elementos singulares que o constituem) – é constituído pela a própria estrutura da Comunidade de Estados, onde contratos e pactos são feitos, em conformidade com tal ou qual costume; estas duas últimas manifestações – assim como a norma perante o ordenamento estatal – traduzem somente um momento secundário e posterior do fenômeno jurídico no campo internacional, sem que, assim, possam ser entendidas como o seu verdadeiro e primeiro nascedouro<sup>70</sup>.

Outro ordenamento lembrado por Santi Romano em suas considerações acerca dos caracteres do seu conceito de Direito<sup>71</sup>, é o Direito Eclesiástico, como forma de, uma vez mais, negar a identificação necessária entre Direito e Estado.

Também neste passo, longe de retirar seu caráter jurídico das mãos estatais<sup>72</sup>, cuida-se de uma instituição que, não obstante se relacione muito com o ordenamento estatal, enfeixa contornos

---

<sup>70</sup> “[...] estas opiniões poderiam ser confirmadas quando se salienta a existência de outros princípios de Direito Internacional que não são postos por nenhum acordo e, conseqüentemente, não podem servir como fundamentação, mas têm sua fonte no conjunto formado pela comunidade internacional. É jurídico, por exemplo, para nós, mas também para a maior parte daqueles que fundamentam este último exclusivamente na vontade comum dos Estados, o princípio que admite o uso de tal força por parte dos Estados para obrigar a respeitar o ordenamento internacional. Mas, de qual acordo este advém? Os tratados o disciplinaram e o limitaram, mas pressupondo-o já existente: nenhum desses nunca o pôs. Não nos parece ser caso de recorrer ao costume. Também aqui se trata de um princípio inerente à instituição [...]” (id., 2008, p.103/104).

<sup>71</sup> No que toca à relação entre o pensamento romaniano sobre o Direito Canônico – de rememorar que a primeira edição de sua obra *Lezioni di Diritto Ecclesiastico* é, datada de 1912, anterior à de *L’Ordinamento Giuridico* (de 1918) – e a Teoria Geral do Direito de Romano, veja-se: Francesco FINOCCHIARO. Il Diritto ecclesiastico. In: RUFFIA, 1977, p. 167/170, excerto onde, outrossim, se pode ler: “*Invero, basta considerare il concetto di istituzione e l’analisi dei caratteri fondamentali di questa (esistenza obbiettiva, corpo sociale, suità e unità dell’istituzione), secondo l’esposizione critica fatta dal Romano nella più tarda e famosa opera, e comparare tali dati con i caratteri della Chiesa cattolica, che egli poneva in risalto, dal punto de vista del diritto canonico e secondo il diritto ecclesiastico ha costituito una fonte d’ispirazione e un terreno eccezionalmente favorevole per saggiare quella che sarebbe stata la futura teoria generale dell’ordinamento giuridico*” (FINOCCHIARO, 1977, p. 169).

<sup>72</sup> Da parte de Romano, merece rechaço ainda a conjectura conforme a qual o Direito Eclesiástico seria espécie de “delegação” (ROMANO, 2008, p. 146) do Estado para Igreja, visto que a organização que constitui o “Direito Eclesiástico” em nada se abala perante a circunstância de o Estado ocupar-se ou não com tal particular. Vale dizer, trata-se de um Estado confessional, trate-se de um laico, a estrutura do Direito Eclesiástico permanece a mesma, sendo impossível, então, tentá-la ter por dependente do ordenamento estatal. (Ibid., p. 145).

ordenamentais em si, totalmente autônomos daquele, na exata premissa de que:

a autonomia da igreja católica somente poderia ser um poder não atribuído pelo Estado, sendo que este último somente o reconhece, quando o reconhece; o que equivale a admitir que tal poder preexiste em relação ao reconhecimento estatal, que este último não é seu fundamento, mas condição para que possa ser legitimamente exercitado perante o ordenamento do Estado e com os efeitos que se dizem civis. A falta do reconhecimento comporta somente a falta de tais efeitos, mas não sua ineficácia no âmbito estranho ao Estado (ROMANO, 2008, p. 146).

De perceber que o reconhecimento feito pelo Estado de eventual instituto típico da estrutural eclesial, longe de negar a independência de ambos, descortina, ao contrário, as relações desses dois ordenamentos que em suas respectivas naturezas são originários; sendo assim, o próprio autor indica como exemplo de “retorno não-reptício”<sup>73</sup>, ou seja, meramente formal, as ocasiões em que “[...] o Estado se remete a elas [...às leis da igreja...] desde que tratem de matérias que, devido a certos efeitos – os efeitos civis, e não outros –, interessam ao Estado, o qual não as toma como próprias, porque as considera parcialmente” , (ROMANO, 1977, p. 125).

O próprio modo por que o autor se ocupa da temática, neste passo, bem revela a preocupação que Santi Romano tinha em analisar as várias relações que o ordenamento eclesiástico vinha a travar com outros ordenamentos dele independentes<sup>74</sup>, sem que tal denodo implique, por

<sup>73</sup> Tratando da relevância que determinado ordenamento pode ter em relação a outro, o autor explica que ela pode ocorrer - para além da hipótese de pressuposição - por retorno, espécie esta última em que o Estado, afirmando-se competente para cuidar de determinada matéria, pretende que o regulamento seu sobre ela “[...] corresponda àquele que a mesma matéria tem numa outra ordenação [...]”. Esse retorno, por seu turno, pode ser reptício [quando então “[...] os Estados evocam norma de uma ordenação diversa com a intenção de incorporá-la, tornando-a parte integrante da própria ordenação ‘nacionalizando-a’ como algumas vezes se diz” (Romano (1977, p. 124)], ou então ‘não reptício’/formal, espécie em que o Estado, reconhecendo a regulamentação que ela recebe de outro ente originário, faz com que as normas mesmas deste último “[...] venham a ter eficácia para o Estado, embora permaneçam como leis a ele estranhas” (ibid., p. 124).

<sup>74</sup> Notável que a temática relativa ao ordenamento da Igreja de alguma forma venha enfrentada tanto no *Corso di Diritto Internazionale* – A Santa Sé como sujeito do ordenamento internacional (ROMANO, 1939, p. 65/70) – quanto no *Corso di Diritto Costituzionale* – Le

sua vez, o embaralhamento de distintas e originárias instituições, cada uma delas una, mas não isolada em si, retirando de si própria, de sua própria estrutura, sua juridicidade, vindo exatamente daí seu *status* de verdadeiro e próprio ordenamento jurídico.

Não é senão essa a *ratio* de passagens romanianas como esta, na confrontação entre o direito estatal e o da igreja: “[...] são dois mundos jurídicos, um dos quais pode materialmente influir sobre outro, que, no entanto, juridicamente ficam ou podem ficar sempre distintos ou autônomos [...]” (ROMANO, 2008, p. 148).

### 1.2.3 Os distintos ordenamentos e o modo por que se relacionam

Já sublinhados exhaustivamente a constituição mesma do fenômeno jurídico, e já indicados dois casos clássicos em que, para além da esfera estatal, ele manifesta-se, parece evidente que, seguindo os rigores da teoria institucionalista, exista variado número de ordenamentos menores que, com estrutura verdadeiramente institucional, enfeixa juridicidade, mesmo quando a esta não tenha sido dada maiores importância por parte dos juristas preocupados com a lei estatal<sup>75</sup>.

A forma por que tais ordenamentos relacionam-se, ela foi objeto de análise por Santi Romano em longas páginas do *L’Ordinamento Giuridico* (ibid., §§ 33/48), parte da obra em que, ocupado com a temática, o autor fez-lhe classificar segundo o critério de relevância<sup>76</sup> que cada instituição enfeixa em relação a uma outra.

---

*unioni dello Stato con la Chiesa* (Parte Prima, VI, § 4.º), e ainda *Leggi dello Stato e le norme di altri ordinamenti originari* (Parte Terza, XXV, 4) (ROMANO, 1943, p. 103/108).

<sup>75</sup> “[...] os princípios teóricos que analisamos, com os exemplos práticos mencionados e que poderiam multiplicar-se, confirmam então a tese de que cada instituição concretiza-se em um ordenamento jurídico distinto que não pode encontrar seu fundamento e seu apoio no ordenamento estatal, podendo também, no sentido citado, contradizer este” (ROMANO, 2008, p. 156).

<sup>76</sup> “[...] para que exista relevância jurídica, é necessário que a existência, o conteúdo ou a eficácia de um ordenamento se demonstrem condicionadas por um outro ordenamento, tendo tal fenômeno por base um título jurídico [...]” (ROMANO, 2008, p. 167). A questão de saber a que título jurídico um ordenamento tem relevância para com outro – se se trata de instituição dependente e inferior a outra; se se cuida de figuras pressupostas; se, reciprocamente independentes, dois ou mais ordenamentos relacionam-se com um terceiro que os envolve; se a relevância jurídica existente entre dois ordenamentos decorre de atribuição unilateral advinda de um deles; se tal relação é consequência da sucessão entre ordenamentos –, foi ela analisada,

Esse relação existente entre diversos ordenamentos distintos tem por pressuposto a classificação, voltada aos pormenores principais que presidem a temática, feita pelo autor em relação às próprias instituições.

Neste passo, o autor italiano divide os tipos de ordenamento desta forma: (a)\_ordenamentos originários *versus* ordenamentos derivados: nos primeiros, cuida-se de um “[...] ordenamento jurídico que não é posto por outras instituições e que é, conseqüentemente - no que se refere à sua fonte -, independente” (ROMANO, 2008, p. 163); quanto a estes últimos, cuida-se de um ordenamento que “[...] é estabelecido por outra instituição superior à primeira, a qual (esta última) permanece subordinada” (ROMANO, 2008, p. 163), entre esses dois opostos há um meio termo: instituições cujo ordenamento é, em parte, originário e, em parte, derivado.

Ainda existem (b) instituições com fins particulares *versus* instituições com fins gerais: as primeiras, limitadas em seu conteúdo, têm por extensão apenas alguns aspetos da vida humana (religioso, econômico etc.), de sorte que aqueles que são submetidos a elas, assim o são tão só no que respeita a determinada face de sua existência; ao passo que as segundas, ilimitadas, não encontram barreira alguma no que diz respeito ao objeto passível de regulação. Neste passo – forte em que é o Estado o exemplo mais marcante desta última espécie de instituição -, importa transcrever a advertência segundo a qual:

É necessário, contudo, tentar não considerar que, segundo uma opinião muito difundida, o ordenamento jurídico do Estado compreenda todas as manifestações da vida individual que não sejam pela própria natureza insuscetíveis de serem consideradas Direito. O Estado não é, nem mesmo sob este aspecto, um ente universal, e, quando se afirma que ele tem fins gerais, isso significa que eles não são positivamente e singularmente determinados, e que, abstratamente e potencialmente, são sempre capazes de estender-se mais (ROMANO, 2008, p. 164).<sup>77</sup>

---

no que importa para um estudo voltado à Teoria do Direito, no próprio *L'Ordinamento Giuridico* (ibid., p. 168/170).

<sup>77</sup> Tem relevância aqui a posição de Santi Romano sobre a famosa questão, atinente à teoria do direito, que trata das lacunas do Direito. Rememorando que em Kelsen (KELSEN, 2006, 273/277) inexistem, do ponto de vista técnico, verdadeiras lacunas do Direito, Santi Romano (ROMANO, S. Osservazioni sulla Completezza dell'Ordinamento Statale. Modena: Università Degli Studi di Modena, 1925, p. 1/7), firme na posição transcrita, defende, por um lado, a inexistência de lacunas dentro do ordenamento estatal – vale dizer, no âmbito em que ele atua,

Também merece menção a distinção entre (c) instituições simples *versus* complexas: sem que as primeiras tenham relação de constituição com outros ordenamentos, est’últimas referem-se a instituições compostas por outras menores que, em diferentes graus constituem aquela de maior envergadura - desde os chamados “ordenamentos derivados”, ou seja, completamente subordinados, até aqueles que, em parte originários, compõem em algumas de suas manifestações outro ordenamento que lhe é superior.

Por fim, (d) instituições perfeitas *versus* instituições imperfeitas: aquelas, sempre originárias, podem ser simples ou complexas, distinguindo-se das imperfeitas, que “[...] se apóiam em outras instituições a respeito das quais não são tão somente pressupostas, mas também coordenadas ou subordinadas. Frequentemente estas são derivadas; mas podem ser também originárias se, em relação àquelas, são simplesmente coordenadas ou mesmo não inteiramente subordinadas” (ROMANO, 2008, p. 165).

Consignado que se trata de espinhosa seara – onde as infinitas formas pelas quais se tocam os ordenamentos são como que arredias a uma teorização completa -, Santi Romano pretende enfrentar a questão tendo por critério o momento – de existência, de conteúdo ou eficácia – em que esta relevância é exercida.

Sem que seja esse o objeto deste opúsculo, basta que, neste particular, sejam apontados alguns contornos gerais desenhados pelo próprio autor quanto à temática. No que toca à relevância de um ordenamento para com outro manifestada no âmbito da existência (1),

---

ele é completo, e, se por ventura, ele deixa de manifestar-se acerca de atos/fatos relativos a outro âmbito, é porque, limitado, não o alcança. Auxilia na compreensão a figura bobbiana do “espaço jurídico vazio”, a comparar o ordenamento jurídico estatal com um rio: onde passam suas águas, é aí que o rio existe, para além de suas margens, contudo, não existe uma falha do rio, o que existe é somente a própria inexistência dele (BOBBIO. N. Teoria do Ordenamento Jurídico. trad. Maria Celeste C.J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. p. 127). Assentada essa premissa, a posição institucionalista romaniana, no entanto, aquiesce com a possibilidade de lacunas institucionais, que representa, no campo dos fatos, a ausência de uma instituição da qual precisa para sobreviver o ordenamento estatal (como por exemplo, a prolongada inocorrência de eleições capazes de eleger o parlamento, ou a ausência, não prevista positivamente, do titular da Coroa num Estado Monárquico). Uma análise em pormenor sobre a quaestio – a sublinhar o caráter antiestatal que a circunda -, ela foi feita por este acadêmico in: RAMOS. F. F. A Problemática as Lacunas do Direito no Pensamento Institucionalista de Santi Romano. in Ordenamentos Jurídicos e a Dimensão da Justiça na Experiência Jurídica Moderna e Contemporânea – Diálogo entre História, Direito e Criminologia. 2010, Florianópolis. Anais Eletrônicos, CPGD-UFSC, disponível em [http://www.iuscommune.ufsc.br/congresso2010/Corpo\\_Anais.pdf](http://www.iuscommune.ufsc.br/congresso2010/Corpo_Anais.pdf). Acesso em 5/5/2011.

ela se dá em dois casos: (1.a) no de subordinação, hipótese em que, afirmada por ambos os ordenamentos, ela é completa e absoluta, ou seja, quando os limites do ordenamento inferior são todos postos em regrados pelo superior (de que significativos exemplos as instituições públicas ou privadas inteiramente sujeitas aos Estados); e (1.b) no de pressuposição, em que, longe de uma instituição constituir-se em fonte de outra, há uma antecedência lógica entre os ordenamentos. Com efeito,

o direito dos Estados-Membros, no que tem de caráter originário, é pressuposto do direito do Estado federal. Se todos os Estados-Membros viessem a faltar, também esse último cessaria, a menos que a supressão dos primeiros acontecesse para dar vida a um Estado unitário, o que de resto seria, também nesse caso, transformado. O direito estatal é, pois, manifestamente, o pressuposto necessário do direito internacional (ROMANO, 2008, p. 176).

Quanto à relevância concretizada no conteúdo (2), ela pode ocorrer quando (2.a.) um ordenamento, superior a outro, consegue determinar o conteúdo de outro inferior (como se dá na relação “ordenamento do Estado” *versus* “ordenamento do município”); ou (2.b.) um ordenamento é capaz de influenciar outro, sem que tenha força, todavia, para impor conteúdo algum. Em passagem marcadamente dualista, confira-se:

o ordenamento internacional pode influenciar sobre o conteúdo do ordenamento estatal, não pela força imediata de suas disposições *ipso iure*, mas somente por consequência e devido ao exercício de um direito subjetivo que adveio ao Estado do primeiro, perante os outros Estados. Em última análise, é sempre o Estado quem determina o conteúdo do próprio ordenamento, mas isso não impede que, no sentido mencionado, o direito internacional não possa influenciar esta determinação. [...] o direito internacional – que devido à sua natureza e a seu conteúdo nunca dita norma nem aos órgãos do Estado nem a seus súditos –, não constitui parte integrante do direito interno, que é a fonte exclusiva das normas e dos atos que também podem ser necessários para a

observância do direito internacional (ROMANO, 2008, p. 181/182);

Ou ainda (2.c.) sempre que um ordenamento determina por si mesmo seu próprio conteúdo levando em conta o de outro ordenamento, espécie que claramente se dá nos já indicados reenvios, existentes na relação entre o ordenamento da Igreja e do Estado (v.g.: O Estado que, reconhecendo o casamento religioso, utiliza-se do conteúdo desse para fins de constituição de relações civis, ou a Igreja que, tendo interesse por matéria civilmente regulada, faz com que o conteúdo de tal migre para dentro de seu ordenamento); e, enfim, (2.d.) quando um ordenamento é incorporado por outro, situação que, juridicamente (e no que tange à relação entre ordenamentos - um deles, neste tópico, a sucumbir ), traduz-se desta forma:

Um Estado que faz anexação de outro, ou de uma província deste último, não anexa somente muitos quilômetros quadrados de terreno ou tantos milhares de pessoas, mas sim anexa uma verdadeira e própria “organização social”, ou seja, de acordo com o nosso conceito, um verdadeiro e próprio “ordenamento jurídico, que passa, deste modo, a fazer parte do seu [...] por exemplo: um Estado que se amplia com o agregamento de outro ou por meio de outro modifica, por isso, seu ordenamento. Esta modificação advém, antes de tudo, estendendo o próprio ordenamento sobre o território anexado, exatamente no momento da anexação. Mas, é comum que também o ordenamento vigente no território anexado persista, ou menos em algumas partes, a continuar em vigor. Isso significa que ele é herdado pelo ordenamento do ente que se amplia, passando a constituir uma parte mais ou menos integrante deste último. Assim, ele, enquanto antes era autônomo ou se apoiava em outro ordenamento, agora se religa àquele do Estado anexador, no qual encontra seu fundamento jurídico, como as outras partes que compõem este último. [...] Certamente o Estado anexador poderá modificá-lo ou revogá-lo [...o ordenamento anexado...]. Todavia, se e enquanto não o tiver abolido, ou melhor, substituído, continuará o mesmo a ter valor no território anexado por meio de

manifestações já produzidos ou que continuará a produzir (ROMANO, 2008, p. 194).

No que toca à relevância que se manifesta ao nível de eficácia (3), seu principal exemplo manifesta-se quando ordenamentos independentes - *i.e.* o ordenamento interno de Estados – concedam “[...] relevância, abstendo-se de regular-lhes positivamente por si mesmo, ao direito de outros Estados reconhecendo a regulação que estes fazem de determinadas matérias” (ROMANO, 2008, p. 197). Também é o que se passa, *mutatis mutandis*, com a relação entre o ordenamento eclesiástico e o estatal, na qual o Estado dá efeitos civis a manifestações que a instituição eclesiástica regula em seu estrito âmbito de atuação (ROMANO, 2008, p. 200).

Anotada a possibilidade de uma total irrelevância entre ordenamentos<sup>78</sup>, de mencionar que a suposta “irrelevância parcial” ocorrida entre ordenamentos há de ser encarada sob o enfoque da relevância parcial, já que ambos os conceitos referem-se a um único e mesmo fenômeno analisado sob perspectivas diversas.

Neste passo – análise da relevância parcial existente entre instituições -, também a relação entre ordenamentos ‘menores’ e o Estado foi destrinchada por Santi Romano. Seguindo sua lógica (ROMANO, 2008, p. 149/151), é possível classificá-las (tais instituições menores) conforme sua relação com o direito estatal. Precisamente, pode-se apartá-las entre aquelas que, tendo seu próprio ordenamento, são parcialmente reguladas pelo Estado, ou aquelas que, verdadeiras instituições, são por ele ou desconsideradas ou declaradas ilícitas.

---

<sup>78</sup> Trata-se, aqui, de algo negativo, isto é, ausência de relevância. Tal fenômeno, se bastante palpável quando se trata de ordenamentos que, específicos, têm fins particulares, também se dá quando se cuida de organizações com fins gerais – entre elas, notadamente, o Estado -, para quem, afora o próprio ordenamento estrangeiro, são irrelevantes ainda manifestações que se desenvolvem dentro do seu próprio território. Com efeito, também me passagem que sublinha os limites do direito estatal, “[...] por mais que seja freqüente conceber o Estado como uma instituição de fins ilimitados, não é menos evidente que esta última expressão tem somente um significado negativo e, de modo mais preciso, expressa o conceito de que não existe nenhum fim social que não se possa tornar próprio do Estado. Esta é somente uma potencialidade e uma possibilidade abstrata. Concretamente, por ampla e invasora que seja a ingerência estatal, o direito de cada Estado é sempre limitado também no que se refere à sua matéria. Isso significa que existem matérias que não entram no seu domínio devido ao fato de o Estado não possuir interesse por elas, e, portanto, não tem motivo para levá-las em consideração nem em si mesmas, nem tampouco enquanto podem eventualmente ser reguladas por outro ordenamento” (ROMANO, 2008, p. 212, grifo nosso).



### 1.2.3.1 Instituições reconhecidas pelo Estado e por ele de algum modo reguladas <sup>79</sup>

Trata-se aqui de instituições que, conhecidas e reconhecidas pelo ente estatal, trazem consigo contornos ordenamentais que, por sua própria estrutura, desenham verdadeiro fenômeno jurídico. De fato:

é certo que toda comunidade, seja uma fábrica, um estabelecimento, uma empresa, seja uma escola ou um colégio, seja um círculo de diversão, tem absoluta necessidade destes “regulamentos internos” de caráter disciplinar. Algumas vezes eles estabelecem um regime que é perfeitamente indiferente para o Estado, que não tem ocasião para ocupar-se dele, nem para reconhecê-lo, nem para proibi-lo. Outras vezes, ao contrário, se tem um caso mais difícil e delicado. Os tribunais são chamados a julgar sobre os efeitos de uma medida disciplinar que pode ter lesado os interesses de alguém [...] O que significa que para o direito do Estado as medidas disciplinares – que para o direito interno do ente são tais e implicam um poder de supremacia e uma respectiva subordinação – não podem ter relevo a não ser sob um aspecto que não é próprio dele: que, se não são suscetíveis de assumir tal aspecto, é necessário, sem dúvida, que o Estado as declare antijurídica. (ROMANO, 2008, p.152).

Vale dizer, em relação a estes ordenamentos (que trazem em si, pois, contornos jurídicos), o jurista passa a estudá-los em suas especificidades e pormenores próprios lançando mão de categorias do direito estatal, o qual nem sempre consegue efetivamente diagnosticar os verdadeiros contornos jurídicos daquela realidade<sup>80</sup>. É exatamente isso

<sup>79</sup> “No âmbito da ordenação do Estado, encontram-se inúmeros entes sociais, ou seja, instituições que têm características, estruturas e finalidades variadas. Algumas delas, e principalmente aqueles que se propõem a fins indiferentes para o Estado, não são consideradas por ele; embora sejam ordenações jurídicas, são juridicamente irrelevantes para o direito estatal. Outras, ao contrário, são contempladas pelo direito do Estado, e assumem, baseados no direito estatal, diversos aspectos e figuras [...]” (ROMANO, 1977, p. 104).

<sup>80</sup> Hipótese em que “[...] não resta outra possibilidade senão reduzir tais entidades a outras figuras, mais ou menos análogas, que o direito estatal admite e regula: a simples sociedade, a patrimônios separados ou sob a administração especial, e assim por diante; mas é

que se dá, segundo Romano, com a problemática que à sua época envolvia os acordos coletivos de trabalho, fenômeno jurídico que deve ser encarado como atravessado por dois ordenamentos jurídicos distintos: o estatal (a lançar mão, então, da figura do contrato - mesmo quando este seja incapaz de explicar a totalidade do fenômeno jurídico<sup>81</sup>) e o

ordenamento particular que se concretiza em uma instituição ou mais instituições constituídas por grupos de empresários e operários; e o que para o direito do Estado é um contrato, para tal ordenamento vale como um sistema em si, mais ou menos autônomo, de direito objetivo, que se faz valer através dos meios que a organização dispõe no interior desta: meios que para o Estado podem ser também extrajurídicos ou antijurídicos, mas que são legítimos para o regime especial ao que se referem (ROMANO, 2008, p.154).

Dai, que em casos como este<sup>82</sup>, o mesmo ordenamento jurídico terá algumas de suas manifestações – por exemplo, aquelas que possam ser subsumidas à estrutura contratual – apreciadas pelo ordenamento estatal (o qual as regerá conforme a lógica e a sistemática deste último), e outras que, por não poder ser enquadradas nos rigores do direito estatal, serão por este último relegadas ao nível fático sem que, ali, produzam nenhuma outra consequência jurídica (isso, repita-se, em

---

evidente que devido a natureza intrínseca dos mesmos entes e a efetiva constituição deles, dada por seus estatutos, ou seja, por seu ordenamento jurídico interno, não é possível ir além de uma mais menos pálida analogia. De onde advém uma série de dificuldades e de controvérsias, cuja solução recorda aquela quadratura de círculo [...]”. (ROMANO, 2008, p. 155).

<sup>81</sup> Romano faz apontar “[...] a insuficiência da categoria do contrato para tornar a organização de uniões essencialmente normativas” (ROMANO, 2008, p. 153).

<sup>82</sup> Em passagem que merece destaque: “[...] Como é notório, o direito do Estado Moderno quis eliminar toda relação que implicasse dependência entre pessoas privadas. Contudo, nesse processo de eliminação – que foi espécie de reação a um ordenamento mais antigo, e os abusos que este último consagrava – excedeu-se muito, desconhecendo que certas manifestações da vida social ainda exigem e por certo sempre exigirão certa desigualdade entre os indivíduos, a supremacia de uns, a subordinação de outros. E a vida social, mais imperiosa e mais forte do que o direito estatal, vingou-se construindo junto a ele e em oposição a ele vários ordenamentos parciais, em que aquelas relações, que são necessárias, podem encontrar um exercício mais amplo e conveniente. Por certo, trata-se de ordenamentos que, justamente por não ser reconhecidos pelo Estado, não estão em condições de exercer na prática um completa eficácia, como, por outro lado, o ordenamento estatal que se revela dele ignorante, e, por isso, desconhece a realidade, o que acaba tornado também este último ineficaz” (ROMANO, 2008, p. 209, grifo nosso).

relação ao ordenamento estatal, porque, considerada a instituição de onde eles advieram, cuida-se, sim, de manifestação verdadeiramente jurídica).

Sendo assim, as relações entre patrão e empregado, perante os tribunais estatais, haverão de ser encaradas conforme os rigores da seara contratual, sem que seja possível, naquela instância, fazer concreto o verdadeiro poder disciplinar advindo daquele objetivo ordenamento, na premissa - esclarecedora de que é o Estado que, no limite, faz valer seu ordenamento perante pequenas instituições - de que:

a organização de um estabelecimento industrial (que, na nossa opinião, pode resultar num ordenamento de direito objetivo (§ 31) cujos rigores atribuem a determinadas pessoas um poder de supremacia em relação a outras, que permanecem subordinadas às primeiras) resume-se, para o direito civil do Estado, num simples contrato entre pessoas colocadas em posição paritária. Conseqüentemente, os direitos e deveres que eles podem pretender tutelar e cumprir com o auxílio do Estado são tão-só aqueles que advêm das leis deste último ou de negócios jurídicos que tais leis permitem. E - já que estas não permitem um contrato de trabalho, do qual advenha um poder de domínio para os patrões e os empresários, e um dever de submissão pessoal para os operários - um poder disciplinar dos primeiros em relação aos segundos não pode ser admitido e reconhecido como tal pelo Estado. Este poderá desenvolver-se e, de fato, desenvolve-se constantemente no interior do estabelecimento, com as sanções que lhe são possíveis na prática, mas - caso nasça alguma controvérsia posta à apreciação dos Tribunais - a falta do operário, então, será considerada como violação contratual (ROMANO, 2008, p. 207)

Também é o que se dá com as obrigações naturais, relação jurídica que, exata e acabada segundo os rigores do ordenamento jurídico em que originada, não encontra no ordenamento jurídico estatal - exatamente nele - a devida exigibilidade. Daí é que o autor - indicando como exemplos de obrigações naturais aquelas que decorrentes de jogos (obrigações essas que seriam decorrentes de

normas reconhecidas entre os jogadores), e do ordenamento da igreja (doações regulares, dizimos, e quejandos) – dá-lhes o *status* de “[...] obrigação jurídica perfeita e completa, desde que seja valorada em relação do seu próprio ordenamento, enquanto, quando a mesma é transportada no ordenamento civil ou do Estado, ele a reconhece somente de modo parcial [...]” (ROMANO, 2008, p. 203).

Ao lado desse fenômeno jurídico – desajuste derivado do evidente descompasso entre o direito estatal e a realidade jurídica advinda de uma verdadeira instituição situada para além da *lex* estatal –, outras instituições existem que, de natureza pública, relacionam-se com o Estado, seja como parte integrante da estrutura deste último (ocasião em que, identificando-se com o ordenamento estatal, hão de ser consideradas como parte de um todo), seja como entidades auxiliares desta última, quando então, dependentes e pertencentes a ela, não lhe guardam relação propriamente estrutural<sup>83</sup>.

Quanto a eles – não é o fim desta obra destrinçar-lhes segundo a classificação romaniana<sup>84</sup> –, o que importa ter presente é, uma vez considerados em relação ao ordenamento abrangente do Estado, sua completa dependência em relação ao ente estatal, condição est’última que, no entanto, não os impede de ser encarados, já então quando analisados em si mesmos, como autênticos ordenamentos jurídicos:

O ponto de vista que mencionamos é aquele pelo qual, em tais de estrutura muito complexa, como o Estado o é especialmente, mas não certamente de modo exclusivo, devem ser distinguidas diferentes instituições que, consideradas juntas, formam posteriormente uma. Instituições, nesse sentido, são os órgãos individuais do Estado (as Câmaras,

<sup>83</sup> Pormenorizadamente, o autor – tratando de instituições públicas – divide-as em duas categorias: (a) as instituições do Estado que compreendem: (a1) “os órgãos do Estado, ou seja, aqueles entes, distintos das pessoas físicas que lhe são prepostas por meio do qual o Estado quer e age [...] ao que passa a dar como exemplo no direito italiano...” a Coroa, as Câmaras parlamentares, os ministérios [...e ainda adiante...] os institutos, escolas, bibliotecas, administrações ferroviárias, correios e assim por diante”, e (a2) aquelas instituições que, elementos essenciais do Estado, o são à proporção que constituam o governo e tenham uma atividade cujo fim exclusivo seja governar, *i. e.*, a Coroa e as Câmaras); e (b) as instituições auxiliares e as instituições pertencentes ao Estado, que, sem se confundir com a esfera estatal e o seu governo, são a eles conexos: “são entes auxiliares do Estado (por exemplo, as comunas, províncias etc.), ou a ele pertencente e dele dependentes (por exemplo, as colônias, os países submetidos à sua administração etc.). Sua característica comum é a de servir ao fins imediatos do Estado, mas são entes diversos deste último, pois não fazem parte nem de sua estrutura, nem de seu governo” (ROMANO, 1977, 105).

<sup>84</sup> Para aprofundamentos no particular, veja-se ainda: Romano, 1943, p. 67/69.

os vários ministérios, cada repartição em geral) e não somente os órgãos *stricto sensu*, mas também os ditos institutos estatais, ou seja, as suas escolas, os seus museus, as suas bibliotecas, os seus estabelecimentos etc. (§12 sub 3). Ainda: pode ser considerado como instituição todo o conjunto destes órgãos e destes institutos, enquanto estão coordenados entre si, subordinados e reduzidos a unidade e, portanto, cada um dos três ditos poderes do Estado: o legislativo, o executivo, o judiciário, os quais, posteriormente, somados, constituem aquela maior instituição que é toda a organização estatal. Até que se chega à instituição máxima, que é o próprio Estado, e compreende em si todas as instituições menores que foram mencionadas (ROMANO, 2008, p. 222).

Desta forma, bem se vê que também estas últimas – em si possuidoras de contornos institucionais, mas, ao mesmo tempo, integrantes de um ordenamento maior da qual fazem parte – são exemplos de um típico ordenamento jurídico.

Sobremodo se se tiver em mente as relações travadas por tais instituições no âmbito do Direito Público, ou ainda se se voltar considerações sobre a “repartição dos poderes”, esses alinhavos trazem ao particular novos horizontes para subsidiar a discussão que, à época – cuidava-se de momento histórico em que o Direito Público começara a ter reconhecida sua efetiva autonomia em relação ao direito privado -, não possuía os contornos que hoje enfeixa, com a estruturação da administração pública direta e indireta, e as pessoas jurídicas que as constituem.

#### 1.2.3.2 Instituições ignoradas pelo Estado ou por ele tidas como ilícitas

Se ordenamentos jurídicos existem para os quais, de algum modo, o estatal deita atenções na tentativa de, conforme os rigores deste último, regrá-los, outros há, no entanto, que, menos do que ser irrelevantes, são alvo de proibição mesma por parte do Estado, que pode chegar a criminalizá-lo.

Tal circunstância, porém, - desde que se trate de uma efetiva instituição - não tem força para alterar os contornos jurídicos que eles enfeixam. Com efeito, em marcada postura coerente com seus pressupostos positivistas de mera verificação do fenômeno jurídico, o autor alerta:

A ilicitude destas não vale e não pode valer a não ser perante o ordenamento estatal, que poderá persegui-la de todos os modos de que dispõe, em então, determinar-lhe também o fim, com todas as conseqüências, mesmo penais, que decorrem de sua potestade. Mas até o momento em que estas vivam, ou seja, enquanto estejam constituídas, haverão de possuir uma organização interna e um ordenamento que, considerado em si e por si, não pode deixar de ser qualificado como jurídico. A eficácia de tal ordenamento será aquela definida segundo sua constituição, seus fins, seus meios, suas normas, e sanções de que poderá dispor. Será, de fato, frágil se forte for o Estado; poderá algumas vezes ser também tão potente a ponto de minar a existência do próprio Estado; mas isso não tem nenhuma importância para avaliação jurídica do ordenamento. (ROMANO, 2008, p. 149/150).

Realmente, tratando-se de uma teoria que apregoa o fenômeno jurídico como forma – forma institucional, bem se diga – não será a conformidade da instituição com tal ou qual valor ético, ou com tal ou qual norma estatal que há de servir, para o jurista positivo, como critério para apartar o fenômeno jurídico de seu antípoda [até porque, lembra o autor, “todos sabem quanto são arbitrários, contingentes e variáveis os critérios adotados pelo Estado para considerar lícitos ou ilícitos certos entes” (ROMANO, 2008, p. 150)].

Daí, como já anotado, dar Santi Romano contornos jurídicos a certos movimentos revolucionários (ROMANO, 1953, p. 223/224) – desde que esses enfeixem traços efetivamente institucionais -, sem que deva o jurista fazer julgamentos éticos dessa realidade concreta, que é jurídica independentemente do caráter moral, ou não, que venha a possuir.

Aqui Santi Romano, positivista que é (mas de um positivismo sociológico), revela-se também formalista como o próprio Kelsen. De

fato, concordando ambos que a “sociedade de ladrões” (hipótese agostiniana) pode, sim, ser considerada jurídica, os autores aquiescem com o filtro meramente formal de que dispõe a Teoria do Direito para estabelecer o que é jurídico daquilo que não o é; o primeiro certamente de forma mais evidente [já que faz derivar o fenômeno jurídico diretamente da estrutura social eficaz (ROMANO, 1953, p. 72/73)], ao passo que o segundo, fazendo da eficácia condição da validade (KELSEN, 2006, p. 238), faz-se render a essa possibilidade:

Se a ordem de coerção que constitui esta comunidade [... o bando de salteadores...] e abrange a sua ordenação interna e externa não é considerada como ordem jurídica, se o seu sentido subjetivo, segundo o qual as pessoas se devem conduzir de conformidade com ela, não é havido como sendo o seu sentido objetivo, é porque não se pressupõe qualquer norma fundamental por virtude da qual as pessoas se devam conduzir de harmonia com tal [...] Mas – e é esta a questão decisiva – por que é que não se pressupõe essa norma fundamental? Ela não é pressuposta porque, ou melhor, se esse ordenamento não tem aquela eficácia duradoura sem a qual não é pressuposta qualquer norma fundamental que se lhe refira e fundamente a sua validade objetiva. [...] Se esta ordem de coação é limitada no seu território de validade a um determinado território, e dentro desse território, é por tal forma eficaz que exclui toda e qualquer outra ordem de coação, pode ela ser considerada como ordem jurídica e a comunidade através dela constituída como “Estado”, mesmo quando este desenvolva externamente – segundo o direito internacional positivo – uma atividade criminosa.” (KELSEN, 2006, p. 52/53, grifo nosso).

Eventual embate entre esses dois ordenamentos, haverá ele de ser resolvido, já se viu, em conformidade com a eficácia jurídica de cada qual, não havendo empecilhos, ao menos para a Teoria do Direito romaniana, em reconhecer o desfalecimento de determinado ordenamento estatal que eventualmente venha a ser sobrepujado por outro, antes tido por ilícito.

Ausente em Santi Romano, contudo, a figura do direito de resistência do cidadão perante o Estado – típica figura liberal nos moldes do contratualismo jusnaturalista (ROMANO, 1977, p. 161/162) -, bem se vê que seu pensamento, apontado embora para crise do Estado Moderno, não propugna sua completa derrocada, encarando-o, quando não como a instituição das instituições, como “[...] o único instituto, de qualquer modo, entre aqueles até então conhecidos pela humanidade, capaz de dar vida a um ordenamento político que impeça à futura sociedade corporativa de retornar a uma constituição mui símile àquela feudal”<sup>85</sup>.

Com efeito, Romano não aposta no fim do Estado e da legalidade, nem mesmo o almeja; tal postura, no entanto, não o impede de perceber, no seu momento histórico, a tendência então claramente marcada de novos contornos para a Teoria do Direito, aptos, sim, a transpassar a visão apaixonadamente estatalista/legalista que, ali fora de foco, era incapaz de perceber o que naquele momento se passava.

O olhar perspicaz do autor - que aponta uma tendência<sup>86</sup> sem desprezar por completo o que, certamente de forma contingente, fora instituído pela Modernidade – encontra-se exatamente neste pontual lugar de equilíbrio, como que a fazer, sem espaços para rompantes, advertências à própria entidade estatal. É que a juridicidade estatal mesma perde sentido a partir do momento em que o Direito dela emanado, embasado em cegas mitologias, torna-se ineficaz e sem condição de ter plena aplicabilidade perante a prodigiosa normatividade dos fatos. Outra não era, aliás, a verdade tão escancaradamente revelada no momento histórico de Santi Romano.

---

<sup>85</sup> Livre tradução do original: “[...] l’unico istituto, ad ogni modo, fra quelli che l’umanità ha finora conosciuto, che sia in grado di dare vita ad un ordinamento politico che impedisca alla futura società corporativa di ritornare ad una costituzione assai simile a quella feudale. (ROMANO.S. Lo Stato moderno e la sua Crisi. In ROMANO, 1969, p. 25).

<sup>86</sup> “Certo nessuno può oggi credere che la nostra vita costituzionale abbia trovato quelle forme nelle quali possa sperare di adigiarsi per un tempo indefinito. Forme nuove nasceranno e molte delle vecchie saranno trasformate. Ma che cosa in particolare ci riserbi il futuro nessuno può seriamente pretendere di conoscere, e dobbiamo limitarci a contemplare con occhio vigile e con sentimento di fede i germi che fin da ora sono stati seminate. Germi, che non tutti, cmo’è naturale, fruttificheranno, ma alcuni dei quali sembra che abbiamo già messo le prime radici. (ROMANO, Ibid., 25/26).



## 2 A ESCOLA HISTÓRICA E O POSITIVISMO SOCIOLOGICO FRANCÊS

Destrinçadas a teoria institucionalista romaniana, este segundo capítulo esforçar-se-á em verificar como aspetos críticos em relação à Modernidade – verificados também no pensamento de Romano - estão presentes, num primeiro passo, na escola histórica e, mais adiante, em autores alinhados ao positivismo sociológico francês em voga durante meados do século XIX.

Ciente das pontuais disparidades existentes entre essas mesmas duas Escolas – não há ignorar que elas partem de pressupostos teóricos distintos, atravessadas que estão por pontos de vistas absolutamente diversos -, e, uma vez consciente de que ambas enfeixam certos traços contraditórios em relação às ideais romanianas, esta parte da obra, contudo, tenciona evidenciar o corte anti-individualista e anti-estatalista do Direito proposto pelas Escolas (anteriores ou coetâneas às ideais romanianas), sublinhando, outrossim, a visão crítica em relação ao normativismo e universalismo típicos da concepção derivada da vitória da Revolução Francesa.

Sem jamais olvidar da problemática metodológica que atravessa a *quaestio* – com efeito, é impossível deixar de notar a distancia temporal entre os autores, com ainda as distintas pretensões que cada qual tinha em seu horizonte -, é com base nesses elementos críticos que o diálogo de concepções tentará ser forjado, pondo em relevo, mais do que pontuais discordâncias existentes, sobretudo as posições que, de algum modo uniformes, reúnam autores como Savigny, Durkheim, Duguit, Hauriou e Santi Romano.

### 2.1 ESCOLA HISTÓRICA: UMA INVESTIGAÇÃO HISTORICIZADA DOS FENÔMENOS HUMANOS

Terá três passos a proposta de trazer à tona o modo pelo qual é possível estabelecer um paralelo entre a Escola Histórica e o institucionalismo romaniano: a) um momento introdutório em que serão reveladas as premissas e o momento histórico de que parte dita Escola (seus pressupostos históricos e orientações que a influenciaram); b) uma

fase em que se tentará mostrar como essa Escola, firme em suas posições, alcança o mundo jurídico, na pretensão de explicitar como o fenômeno jurídico é por ela encarado (aqui com especial relevo para Savigny - o maior dentre todos os seus autores); e c) um último ponto onde, examinando a clássica polêmica ‘Savigny *versus* Thibaut’, se aponta para o possível diálogo existente entre a posição da Escola e as concepções institucionalistas do autor italiano.

### 2.1.1 Pressupostos e caracterização geral

Se a proposta revolucionária moderna - nos seus pressupostos iluministas de racionalização, individualização e universalização - tinha logrado êxito em França primeiramente com as várias Constituições<sup>87</sup> e, mais adiante, com a promulgação dos Códigos napoleônicos (ao lado do sempre lembrado Código Civil de 1804, de rigor mencionar igualmente o Código de Processo Civil de 1806, o Comercial de 1807, e o Penal de 1810)<sup>88</sup>, merece reconhecimento o fato de seus pressupostos políticos e

<sup>87</sup> Destaquem-se aqui, para além da própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, as Constituições de 1791, de 1793 e 1795, fruto de intensa disputa política entre nuances da burguesia revolucionária (desde mais exaltados – jacobinos –, passando pelos mais moderados – girondinos). Muito embora existentes pormenores diferenciadores em cada uma delas – a depender da posição política do grupo que a encabeçou – são inegáveis os contornos modernos, jusnaturalistas, que as desenham. Os traços jurídicos desse Direito revolucionário (que se crê universalmente racional, oriundo de um pacto contratual em que tomam parte indivíduos iguais), de consultá-los *in* GROSSI, 2007. p. 129/135.

<sup>88</sup> A idéia de Código, totalmente distinta da de ordenações (entendidas estas últimas, de resto, como mero despositário arbitrário e desorganizado do somatório de regras expedido pelo Rei) traz consigo forte traço ideológico de um expediente claro, a todos acessível, capaz de organizar e sistematizar o Direito que, natural, era imutável em seu cerne. Presente ainda nas idéias de Bentham (1748/1832) - principal autor da Escola Utilitarista, para quem a função do direito era a regulação da sociedade com o fim de obter o maior bem-estar para o maior número possível de pessoas (BENTHAM, J. *Tratados de Legislacion Civil y Penal*. Org. Magdalena Rodrigues Gil. Trad. Ramon Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981. Tomos I/V. p. 27/95) – a idéia da codificação do Direito levada a efeito em terras francesas merece ser encarada como etapa, talvez o clímax, desse processo racionalizante de luta contra o regionalismo corporativo pré-moderno. Essa pontuação, porém, não implica o desconhecimento da possibilidade de o fenômeno da codificação desenvolver-se em ambientes carentes de uma postura liberal mais acentuada, como se deu com o Código da Prússia de 1794, o da Áustria de 1881, esses dois últimos, é certo, como expressão do Despotismo Esclarecido – entendido est’último, no exemplo histórico de Frederico II e José II respectivamente, como movimentação política de certos Estados europeus que, atrasados política e economicamente em relação ao restante do mundo de então em pleno século XVIII, pretendiam conciliar os interesses tradicionais do Antigo Regime com a as pretensões liberais das classes burguesas ascendentes.

culturais não estarem uniformemente distribuídos por todo o continente europeu.

Tal ausência teve contornos no território em que hoje se encontra a Alemanha, espaço geográfico onde, marcada a influência do pensamento romântico, inexistia a unificação política existente em rincões como França ou Inglaterra (a Alemanha, registre-se, unificara-se apenas em 1871).

De fato, se o processo por que passa o Direito na Modernidade tem por mira racionalizá-lo colocando-o, quiçá inteiramente<sup>89</sup>, dentro da vontade estatal – est’última por sua vez expressa pela lei (a ser organizada e sistematizada numa sede codificada) -, parece ser lógica a conclusão de que, onde inexistente um grande e portentoso Estado nacional<sup>90</sup> (e assim se deu com Alemanha e Itália até segunda metade do século XIX), não terá chão o ímpeto revolucionário, tudo isso como forma de permitir a permanência das “[...] antigas estruturas da sociedade e [...] de [...] um florescimento cultural [...] desviavam as pessoas [...] da ação social para ‘poetar e pensar’ no sentido mais estrito da palavra” (WIEACKER, 1980, p. 401).

Desta forma, dada a privação de identidade política comum decorrente dos inúmeros reinos em que se dividia o território tedesco, nada mais era de esperar-se das degradadas consciências nacionais, acostumadas a um Estado em geral claudicante, senão a pontual reação “[...] contra a idéia de que o Estado e o seu Direito (legislado) pudessem ser a única forma de manifestar a identidade política e jurídica de uma nação” (HESPANHA, 2005, p. 383).

<sup>89</sup> A advertência tem razão de ser, porque à afirmação de que o fulgor jurídico revolucionário pretendia colocar todo o Direito dentre das raias de legalidade é preciso antepor a justa reflexão de que, no que toca à conhecida questão relativa às lacunas da lei, o cenário é algo ambíguo. Comprova-o o próprio livro preliminar do projeto de Código Civil francês saído da pena de Portalis (1746/1807), cujo artigo nono previa, sim, a livre criação do Direito por parte do juiz – recorrendo, em matéria civil, à equidade e aos usos adotados, v.g. – sempre que a lei silenciase a respeito do caso posto a julgamento. Dita previsão, aliás, merece ser lida em companhia d’outra, agora disposta no famoso artigo quarto do mesmo projeto, que obrigava o juiz a julgar os casos que lhe fossem submetidos mesmo quando não houvesse lei específica que deles cuidasse. Veja-se que só depois, nas votações, é que é suprimido o artigo nono, restando, isolados, os rigores do artigo quarto, a dar a impressão, justamente diversa daquela que presidira a comissão, isto é: a de que o Direito estatal, vertido em lei, era completo. Em particular, a perceber que a posição agasalhada pelo Legislativo francês de então não era aquela defendida por Portalis, observe-se: BOBBIO, 2006, p. 73/77.

<sup>90</sup> Para uma explanação mais detida de como o modo por que era tratado o direito privado pré-revolucionário nas diferentes regiões francesas serviu de pressuposto para a agitação jurídica do movimento de 1789 consulte-se WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. trad. Antônio Manuel B. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, p. 387.

Nesse processo de bloqueio a posições políticas modernas, merece menção a forte influência do movimento nacionalista (pré) romântico em terras germânicas no final do século XVIII, no combate ao universalismo iluminista, cioso em querer retroprojetar, para outros tempos e lugares, valores que se podiam considerar somente seus<sup>91</sup>.

Acentuando a tendência existente já em Vico (1668/1744) na primeira metade do século XVIII – para quem Homero, longe de ser um modelo universal a ser seguido pelos séculos vindouros, representava, isto sim, determinado modo de expressão datado e localizado<sup>92</sup> – e ainda em certo modo reverberando, no particular jurídico, o esboço talhado por Montesquieu (1689/1755) em seu *Espírito das Leis*, o movimento romântico<sup>93</sup> investe no relativismo, isto é, na idéia, central do historicismo<sup>94</sup>, de que a compreensão do humano e dos diversos momentos seus pressupõe a infindável diversidade que lhe constitui.

Indispensável nesse passo, ao revés da arrogância iluminista, o aceite da mutabilidade da natureza humana, na exata premissa de que o entendimento da história, do homem e, por conseguinte, do Direito só é alcançado quando se está disposto a perceber o específico de que cada momento se compõe.

<sup>91</sup> Modelo perfeito da filosofia da história – otimista e progressista – moderna pode ser encontrado em Voltaire (1694/1778). Sintomática, pois, a fina ironia por ele endereçada às posições de Montesquieu sobremodo no que toca à influência do clima na composição jurídica (VOLTAIRE. **Comentários Políticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 58/65), e a já ácida crítica feita à postura histórica que, utilizando-se do passado (muitas vezes idealizado), pretende querer justificar o presente. (Id. **O Pirronismo na História**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 48/53).

<sup>92</sup> VICO. G. **Opere**. a cura di Fausto Nicolini. Milão: R. Ricciardi, 1953, p. 729/767. Mesmo na análise interna da própria obra homérica, Vico faz pontuar a relevância que o momento histórico exerceu na pena do poeta Grego: *Iliada*, quando então a Grécia ainda era *giovanetta*, com temas ardentes e passionais (de que destaque Aquiles, herói de força); mais tarde, porém, o mesmo autor concebe *Odisséia* (onde o herói é o sábio Ulisses), quando o próprio Homero e a Grécia mesma já haviam temperado seu espírito com o tempo: “*a’ tempi d’Omero giovine a’ popoli della Grecia piacquero la crudeltà, la villania, la ferocia, la fierezza, l’atrocità; a’ tempi d’Omero vecchio già gli diletavano i lussi d’Alcinoo, Le delizie di Calipso, i piaceri di Circe, i canti delle sirene, i passatempi de’ porci e di, nonché tentare, assediare e combattere Le caste Penelopi*. (Op. Cit., p. 757).

<sup>93</sup> Ainda no que toca à relação Romantismo *versus* História, observe-se: HADDOCK, B.A. **Uma Introdução ao Pensamento Histórico**. Lisboa: Gradiva, 1989, p. 127/147.

<sup>94</sup> Dando especial relevo, neste passo, ao pensamento de Herder (1744/1803 – filósofo e historiador que, amigo de Goethe (1749/1832), tem marcada influência sobre o romantismo alemão no embate a concepções que insistiam na imitação da estética clássica), observe-se: MEINECKE. F. **El historicismo y su Génesis**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1982. p. 492/495.

Ora, se esse é o paradigma de que parte o movimento<sup>95</sup>, logo se percebe que tanto o universalismo – posição que crê num Homem universal (igual em razão, uma única e mesma razão universal) e em instituições universais protetoras de um direito inato àquele Homem –, quanto o progresso racionalista – para o qual a história teria um sentido direcionado ao progresso (daí o entusiasmo com que se tratava o presente em detrimento do passado) –, como ainda o otimismo (como que consequência lógica do último ponto indicado: se a história progride e, o faz no sentido racional, é evidente que caminha em direção à verdade/bem) não podem ser aceitos por aqueles que se alinham à Escola Histórica<sup>96</sup>.

<sup>95</sup>O esboço que ora se faz, na referência sumária à relação existente entre Escola Histórica *versus* Romantismo, não tem o condão de examinar detidamente os contornos culturais alemães a fim de aquilatar a exata influência sofrida pela Escola, mais do que do romantismo, ainda do classicismo tedesco. Acentua-se aqui, é certo, a posição, sem reservas, exposta pelo próprio Manuel Hespanha (HESPAÑHA, 2005, p. 385) e por Bobbio (BOBBIO, 2006, p. 45), não sem ignorar a posição de Wieacker, para quem “[...] poder-se-á dizer desde logo: a Escola Histórica do direito é, essencialmente, não uma criação do romantismo – por muito latamente que se possa conceber este movimento geral de viragem da cultura alemã por volta de 1800, movimento desde logo difícil de limitar. Exacto é apenas que a fundação da escola coincidiu com o maior florescimento do romantismo e que os dois movimentos permaneceram em constante intercâmbio através da cultura geral da época. Uma perspectiva mais exacta desaconselha, no entanto, uma sobrevalorização destas conexões. (WICKER, 1980, p. 410/411).

<sup>96</sup>Tome-se aqui como exemplo, por todos os outros contratualistas modernos legatários do iluminismo, o pensamento kantiano: Razão – estrutura cognitiva transcendental, algo que a todos, universalmente, pertence; Liberdade: um direito inato igualmente pertencente a todos de modo universal (KANT, 2004, p. 44); Estado: instituição racionalmente criada pelo homem através de uma decisão de pactuar com seus semelhantes (Ibid., p. 126). Passagem do Estado de natureza – onde vigora o direito natural (no qual vicejam relações jurídicas tão só provisórias) – para uma sociedade civil regida pelo direito público (onde têm vez relações jurídicas peremptórias), transposição esta advinda não só de um cálculo racional como ainda de uma exigência moral feita aos homens – homens que “ousam conhecer” (KANT. I. Resposta à Pergunta: Que é o Iluminismo?. In **A Paz Perpétua e Outros Opusculos**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009, p. 9), não só para fins de progresso técnico como ainda de progresso moral. Esse mesmo homem racional deve sair do estado de suma injustiça (Id., 2004, p. 121) para um estágio onde a liberdade universal possa ser definitivamente exercida (KANT. Ideia de uma História universal com um propósito cosmopolita. In Ibid., p. 26). Muito embora não haja definição acerca da forma de governo que necessariamente deva existir para a proteção do direito natural (o que não impede o gosto kantiano pela monarquia), Kant faz da representação política (à proporção que é a capacidade de votar que qualifica o cidadão – KANT, 2004, p. 128) e da separação dos poderes (Ibid., p. 127 e 130) - sempre criações modernas – requisitos fora dos quais o que há é despotismo. Por fim, no que toca ao otimismo (Id., 2009, p. 35/37), cumpre rememorar que, sem direito à resistência ativa (KANT, 2004, p. 133/135) - posição que, a princípio, contraria a crença jusnaturalista -, o súdito, por direito, não pode levá-la a cabo; sendo, no entanto, negado ao povo o direito de desobedecer eventual autoridade que, nova, venha a decorrer de levante revolucionário. (Ibid., p. 137). Isso a mostrar que, muito embora não tenha aderido fervorosamente à posição revolucionária francesa, Kant

Ao revés, o movimento romântico vai de encontro a todas essas crenças, a pregar (a) seja a absoluta diversidade humana - variável seja entre os tempos seja entre os espaços geográficos (posição esta que, de resto, sustenta a opinião da Escola segundo a qual concepções políticas francesas não se poderiam concretizar jamais na Inglaterra)<sup>97</sup>; (b) seja no apreço à experiência/tradição (não a conhecimentos abstratos) como requisito para realizar um bom governo<sup>98</sup>; (c) seja ainda na forte desconfiança das abruptas alterações que, desconsiderando elementos tradicionais construídos socialmente pelos homens, estavam sendo postas em prática de forma como que geométrica em solo francês<sup>99</sup>.

Fazem parte ainda das posições do movimento: (d) a crença de que os usos – não qualquer medida derivada de concepções pensadas abstratamente - são o remédio apto a ajustar eventuais inconvenientes da

---

tende a justificar o novo no particular político. De atentar-se ainda à proibição de que o súdito ponha-se a pensar sobre a origem do Estado e da submissão dos súditos ao *summum imperium* (hipótese em que injustiças e violências poder-lhe-iam vir à mente – Ibid., 133), sem deixar de notar, ainda nesse passo, a crença reformista kantiana, cujos rigores pretendem, com base mesmo em tributação imposta aos mais ricos, fornecer os meios de subsistência aos que são incapazes de produzi-lo (Ibid., 140/143), tudo isso a apontar, uma vez mais, para esperança numa espécie de progresso social a partir do estabelecimento do Estado.

<sup>97</sup> Em complemento: mesmo os diferentes estamentos sociais estão a provar que os homens não são iguais. Nesse sentido, protestante irlandês (1729/1797) cioso no combate às idéias revolucionárias, o qual, posto que não tenha os pés fincados em uma reflexão propriamente germânico-romântica, serve aqui para ilustrar o paradigma crítico à Revolução Francesa de que se cuida, Burke escreveu famosas reflexões que aceitam por naturais, com base bíblica, as próprias distinções e os privilégios sociais (BURKE, E. **Reflexões sobre a Revolução Francesa**. Brasília: UNB, 1982, p. 81). Na certeza de que “[...] a igualdade geométrica seja a mais desigual de todas as medidas na repartição dos homens” (Ibid., p. 170), tal obra – texto polêmico que, longe de ser um tratado acadêmico, tinha fins especialmente políticos – oscila na crítica às idéias iluministas tanto com argumentos ideologicamente postados mais à esquerda - a equiparar, v.g., o sistema político instaurado pela revolução a uma “aristocracia de dinheiro” (Ibid., p. 172) – quanto com argumentos de índole conservadora, como será visto adiante. De qualquer modo, notável aqui o alinhamento político do movimento com posições conservadoras, certamente receosas com as idéias francesas antimonárquicas que se avizinhavam; sintomático, pois, que seja na Alemanha, “o país da restauração” (BOBBIO, 2006, p. 49), que a Escola tenha colhido seus mais frondosos frutos. Repara-se, retoricamente, como o próprio Burke engendra raciocínio com o qual pretende provar que, mesmo para os interesses burgueses de circulação de riqueza, seria interessante a manutenção da nobreza/realidade e da tradição/religião, guardiãs todas elas de salutar costumes, como o respeito à propriedade, à indústria e ao comércio. (BURKE, 1982, p. 101/102).

<sup>98</sup> É o que se lê na obra de Burke, para quem “sendo a ciência do governo [...] uma ciência que requer experiência [...] é com infinita preocupação que se deve aventurar a derrubar um edifício que vem, há séculos, respondendo toleravelmente bem aos propósitos da sociedade” (BURKE, 1982, p. 90)

<sup>99</sup> No que tange à divisão de territórios operada pela revolução, as admoestações do autor são bem claras: “as antigas divisões do país eram baseadas na geografia ou na história, [...] é impossível entretanto que essa nova divisão em quadrados [...], que não se origina em nenhum princípio político, não produza vários inconvenientes locais” (BURKE, 1982, p. 170).

tradição (BURKE, 1982, p. 170); (e) como também a exaltação (algo poética e idealizada<sup>100</sup>) do tradicional, do passado e suas instituições, entendidas, aliás, como espontâneas; (f) e ainda a defesa dos estamentos como penhor da estabilidade política, ou a justificação do cavalheirismo e servilismo.

Quanto a este último ponto, aliás, a Escola tende a encarar as relações sociais do passado com certo ar de romantização, como por exemplo ocorre com a relação de “camaradagem” que, acreditam os autores, existia entre vassalos e reis: em célebre passagem onde rememorava momento de sua vida onde havia visto Delfina, então rainha de França, confessa Burke: “julgava que dez mil espadas pulariam de suas bainhas para vingar até mesmo um olhar que ameaçasse insultá-la. Mas a idade do cavalheirismo já passou. Sucedeu-a aquela dos sofistas [...] e a glória da Europa será extinta para sempre” (BURKE, 1982, p. 100/101). Sem olvidar, por fim, do (g) irracionalismo (ou ao menos falta de uma teologia histórica) que, segundo a Escola, governa a história<sup>101</sup> - feita est’última, em verdade, de crenças e religiões, de costumes e práticas que não necessitam de justificação racional -, o que implica certo pessimismo<sup>102</sup> em sua análise.

Com efeito, olhando para o que o cerca, Savigny (cujo pensamento é descrito em seguida) refere-se ao seu tempo como aquele em que se havia “perdido a noção da grandeza e da peculiaridade de outras épocas [...tempo presente este em que vieram à tona...] expectativas ilimitadas na época atual, que se entendia destinada a nada menos do que a realização da perfeição absoluta”<sup>103</sup>.

<sup>100</sup> Como bem apontado em: MARX, Karl. Crítica da Filosofia do Direito de Hegel – Introdução. In Id. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. Trad. Rubens Enderle et al. São Paulo: Boitempo, 2005, p. 146/147.

<sup>101</sup> Esse aspecto não tem uniformidade em todos os pensadores cá utilizados. Basta mencionar a concepção, orgânica e, sim, “evolucionista” (HESPANHA, 2005, p. 385) de Herder, autor central da constituição do historicismo, conforme se vê in (MEINECKE, 198, p. 330/392).

<sup>102</sup> (Burke, 1982, *passim*).

<sup>103</sup> Tradução livre de “[...] *perduto il senso della grandezza e della peculiarità di altre epoche [...] aspettative illimitate verso l’epoca presente, che si credeva destinata a niente di meno che alla realizzazione della perfeizione assoluta*”. SAVIGNY, F.C. La Vocazione Del Nostro Secolo Per La Legislazione e La Giurisprudenza. In: MARINI, Giuliano. **La Polemica sulla Codificazione**. A.F.J. Thibaut, F.C. Savigny, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, p. 95. Essa arrogância moderna é ironizada por Savigny in *Ibid.*, p. 99).

## 2.1.2 A concepção jurídica: postura inicial e desenvolvimentos

De pronto - em ataque que, mais tarde, há de fazer eco nas críticas de Romano às posições jusnaturalistas –, a idéia de um Direito Natural pertencente a um Homem (a letra inicial maiúscula é proposital) abstrato dotado de uma Razão a-histórica é objeto de severas reservas por parte da Escola, na exata ponderação de que o Direito não diz com verdades metafísicas ou construções abstratas, mas se vê como que intrinsecamente coligado a algo colhido no mundo do ser<sup>104</sup>.

Essa ligação entre o Direito e o devir histórico, essa intrínseca relação entre o que se dá no campo jurídico e a composição histórica da civilização de onde ele emerge é descrita por Wieacker (WIEACKER, 1890, p. 409):

Através do despertar da reflexão sobre a historicidade da própria existência foi aberto na ciência jurídica um processo que ainda hoje não chegou a seu termo. Ele significa nada menos que o facto de que a (*sic*) relação do dever ser com o ser histórico, da norma jurídica com a realidade social, penetrou pela primeira vez na sensibilidade jurídica – o que a autoridade do *Corpus Iuris* e o racionalismo bi-dimensional do direito natural tinham impedido até aqui. Quase todas as fórmulas (*sic*) polémicas e as proposições do séc. XIX podem ser referidas a este processo e incluir-se num processo global de desenvolvimento da consciência social dos juristas alemães. O espírito do povo de Savigny, o direito dos juristas de Puchta, o direito popular de Beseler [...] todos eles são (tal como a alienação do homem na sociedade de mercadorias, segundo a concepção de Karl Marx) tentativas de reacquirição da identidade da consciência jurídica e jurídico-científica como carácter histórico, e, portanto, social – agora descoberto – da existência (nacional ou social). Esse foi o último e mais duradouro contributo do historicismo para o pensamento jurídico do século XIX.

<sup>104</sup> Tal posição, de percebê-la em Burke – onde razões políticas e morais estabelecem, na diversidade dos povos, o que é o Direito (BURKE, 1982, p. 102); como ainda no próprio Savigny, para quem “[...] *questa convinzione che qualsiosi epoca sia adatta a qualsiasi cosa é il pregiudizio più nefasto*”. (SAVIGNY, 1982, p. 120).



Assim também se passa com o nível de artificialismo com que são tratados pelos revolucionários elementos como lei e estado, na pretensão de que, posto totalmente para dentro da manifestação legislativa, o Direito pudesse ser gerado como que por uma mágica lançada pelas assembléias constitucionais e por outras esferas legislativas, cujo poderio seria de tudo capaz nos limites somente da sua própria vontade<sup>105</sup>.

Firme no pressuposto historicista de que seria um erro aplicar mecanicamente princípios e idéias alienígenas a locais e momentos históricos distintos daqueles em que foram engendrados<sup>106</sup>, e forte na já explicitada impossibilidade de, em terras germânicas, o Estado impor-se, o pensamento historicista vai apegar-se às formas tradicionais, como que “espontâneas”, de organização política e jurídica que, no plano do que efetivamente ocorre, trazem consigo uma legitimidade histórica.

Com efeito, as manifestações históricas do Direito passam a ser vistas não como um objeto de uma ciência histórica apenas capaz de descrevê-las como experiência morta a ser compilada (seguramente com a preocupação iluminista de chamar atenção ao irracionalismo de formas jurídicas pré-modernas).

Antes, manifestações tais – e aí a escola revela “evidentes preocupações dogmáticas” (HESPANHA, 2005, p. 387) - fazem validar o direito atual, servindo de fonte legitimadora a est’último. Realmente, se o Direito está em íntima conexão com a história, se é viceralmente historicizado, é o próprio objeto da ciência jurídica que passa a ser

---

<sup>105</sup> Expressamente, Savigny não se coloca como um teórico que defende, em si, a idéia de que toda e qualquer codificação seja sempre um mal. Crente em que seu tempo era destituído de uma “íntima vocação para a legislação” (SAVIGNY, 1982, p. 107) - as razões para isso vão desde a escassez de bons juristas para propósito tal (Ibid., p. 123) até a estrutura da língua alemã ainda não adaptada para tanto (Ibid., p. 125) -, o que faz Savigny é, dentro de sua visão historicista, defender a existência de momentos na história de um povo – momentos, sublinhe-se, raros como se fossem uma idade do meio entre juventude e decadência – que trazem consigo os requisitos, de forma e conteúdo, necessários para uma sadia formulação de leis positivadas; sem que isso implique, necessariamente, a exigência de um código. (SAVIGNY, 1982, p. 108/109). A crítica a essa instantaneidade do Direito, também ela está presente em Santi Romano, conforme visto no item 1.1.1 do presente trabalho.

<sup>106</sup> No caso pontual de Burke, veja-se a defesa de que as proposições francesas não seriam aplicáveis ao território germânico (BURKE, 1982, p.84/85), face que, por sua vez, revela o traço nacionalista do movimento romântico, cujos rigores, uma vez mais, estão em franca oposição ao universalismo revolucionário.

condicionado pela história, de sorte que não há compreendê-lo senão tendo plena noção dest'última<sup>107</sup>.

Aliás, quanto às formas jurídicas do passado, o próprio Savigny, em tom retórico, ri-se daqueles que têm por bárbaras ou superticiosas as expressões antigas – atos simbólicos propriamente ditos – que constituíam a própria categoria do jurídico. É que, prossegue o autor, tais preconceitos derivavam da ignorância de que também os modernos (coetâneos do professor tedesco) possuíam formas jurídicas, mas agora destituídas das vantagens principais das formas antigas, as quais, claras e presentes na fê geral do povo, estão longe de constituir-se algo arbitrário (dependente somente dos humores do legislador), como estava então a suceder na visão do professor alemão.

Diz o professor: “Este modo unilateral de considerar os tempos antigos assemelha-se aos viajantes que em França notavam com grande admiração que os pequenos infantes, e ainda as pessoas mais simples, falavam correntemente o francês”<sup>108</sup>.

É nas manifestações destas formas políticas/jurídicas tradicionais, crêem os arautos do romantismo, que o Direito revela-se na sua face mais depurada, absolutamente despida do elemento subjetivista moderno, que, com seu “pan-normativismo” (HESPANHA, 2005, p. 384), pretende transformá-lo num acidental ato de vontade (ao sabor, pois, do arbítrio do legislador<sup>109</sup>) sem perceber que, dessa forma, está a aprisioná-lo distanciando-o da verdadeira fonte orgânica que lhe desenha os contornos.

Identificado o Direito como mais uma dentre tantas outras manifestações culturais de uma Nação – como a poesia popular, as tradições folclóricas<sup>110</sup> –, entende-se, então, a pretensão de Justus

<sup>107</sup> A investigação savignyana sobre a posse – obra de 1803, *Recht des Besitzes* – é, nos dizeres de Wieacker, bem representativa da proposta da Escola, conjugando o estudo histórico do instituto com princípios a ele inerentes – *in casu*, a vontade de possuir. Deveras, “o ideal de uma ciência do direito privado ao mesmo tempo histórica, e filosófica, *i.e.*, que organize o material histórico com recursos aos princípios, apareceu aqui aos contemporâneos pela primeira vez”. (WIEACKER, 1980, p. 441).

<sup>108</sup> Tradução livre de: “*In questo modo unilaterale di considerare i tempi antichi assomigliamo ai viaggiatori che in Francia notano con grande stupore che i bambini poccoli e anche la gente più semplice parlano correntemente il francese*”. (SAVIGNY, 1982, p. 99).

<sup>109</sup> De perceber a inversão da retórica revolucionária: arbitrário é, em verdade, o direito legislado, o qual não possui a devida maturação histórica, apta a conferir-lhe validade. A sistematização de que objeto os costumes e as crenças populares nas mãos dos juristas, essa, sim, é a verdadeira garantia de racionalidade do Direito, tratado agora por quem verdadeiramente dele entende: os juristas, não o legislador. (SAVIGNY, 1982 p. 101).

<sup>110</sup> Tal como as cantigas populares - reflexo do que há de mais íntimo entre os membros da comunidade, que nasce sem que ninguém seja capaz de apontar-lhe a origem - também o

Möser<sup>111</sup> (1720/1794) em, “dentro de um ambiente social fechado e isolado das correntes da cultura contemporânea” (BOBBIO, 2006, p. 50), resgatar a história de sua terra. Não sem um toque de idealização – observável de resto em toda a Escola –, o autor passa a contrapor as liberdades comunitárias medievais típicas de sua Osnabrück natal às intervenções, tidas por artificiais, do monarca prussiano<sup>112</sup>.

Obra de “forças interiores que agem silenciosamente” (SAVIGNY, 1982, p. 101)<sup>113</sup>, o Direito, como qualquer outra manifestação cultural, passa a ter uma “conexão orgânica” (SAVIGNY, 1982, p. 99) com o modo de ser e o caráter do povo de onde nasce,

---

Direito – como a própria língua (analogia recorrentemente repetida: SAVIGNY, 1982, p. 97, 99, 100) – desabrocha a partir do “inconsciente dos povos” (WIEACKER, 1980, p. 408). Perceba-se que, como já anotado, o próprio Romano vale-se da analogia Direito *versus* língua (ROMANO, 2008, p. 113).

<sup>111</sup> Para uma rápida biografia do autor, precursor das idéias de Savigny ao lado de Gustav Hugo (1764/1844), como ainda para uma certa distinção do fundamento com que cada um dos autores pretende criticar o direito natural de que se valia o pensamento revolucionário – Savigny lançando mão do Espírito do Povo, Herder de uma ‘evolução organicista’, e, por fim, Hugo, que, aproximando-se de Burke, valia-se de um ‘empirismo pragmático’ – consulte-se: WIEACKER, 1980, p. 433.

<sup>112</sup> Já o título da obra – que em tradução livre significa “Fantasias patrióticas” (*patriotische Phantasien*) – está a bem revelar do que se trata. Em Portugal, a influência romântica revela-se, por exemplo, em Alexandre Herculano, em pena de grande estilo e elegância. Autor romântico – não porém destituído de traços liberais e iluministas (como a visão progressista da história, e o seu caráter pedagógico) –, que se vale do passado lusitano para opor-se ao absolutismo, visto então como invencionice artificial de uma concepção que quer coligar o Direito à mera vontade do Rei. (HERCULANO, A. **História de Portugal**. Cartas II e IV, \_\_\_\_). De fato, é comum o autor valer-se de termos modernos para, em verdade, referir-se a instituições medievais – v.g.: “cargos” em vez de ofício (Ibid., 46); “parlamento” no lugar de corte medieval (Ibid., p. 48). Lançando mão de pressupostos liberais de tendência cabralista – o pensador aliou-se a Dom Pedro I na tentativa de reconquista do trono então ocupado por Dom Miguel (apoiado est’último pela Igreja e pela nobreza) –, o autor refere-se a seu método de fazer historiografia – na busca, não da mera história do indivíduos, mas do “[...] grande indivíduo moral, chamado povo ou nação” (Ibid., p. 105) – por meio de passagens como: “é por isso, que, além de ser absurdo em these geral resumir e representar a sociedade nos indivíduos, tal absurdo se torna mais monstruoso, quando os tomamos como medidas das fases da sociedade. O homem, assim collocado fora de todas as relações sociais, que lhe modificaram deste ou daquele modo o aspecto moral, podendo representar todas as epochas, pertencer a todos os tempos, tomar todas as physionomias, nada representa, a nada pertence, nenhuma physionomia tem; e quando nelle buscamos a imagem do seu tempo, não achamos, até porque nem a delle proprio existe”. (Op. Cit., p. 102, grifo nosso).

<sup>113</sup> É o “espírito do povo” que, manifestando-se, ditaria o ritmo segundo o qual a nação, organismo vivo, portar-se-ia no correr dos anos. É precisamente este espírito, explicitador de resto da consciência nacional, que se revela nas manifestações culturais de Nação – dentre elas o Direito, que haverá de ser captado pelas elites culturais, na tarefa de recompo-lo e reduzi-lo a um sistema. Sobre esse conceito, “só mais tarde”, após a publicação do *Beruf*, adotado por Savigny, consulte-se em pormenor: WIEACKER, 1980, p. 408/410.

acompanhando-o na sua (dele) evolução<sup>114</sup>. O Direito, dirá Savigny, “desenvolve-se, então, junto com o povo; aperfeiçoa-se com ele; e, ao final, extingue-se à proporção que o povo perde sua peculiaridade”<sup>115</sup>. Esse ‘elemento político do direito’ – essa sua relação com a vida do povo em geral -, ele vem a ser reduzido, depois, a um sistema científico talhado agora pelos especialistas, já então representantes do povo no particular (eis o que Savigny vai chamar de “elemento técnico” do Direito, agora com sua vida separada como ciência - SAVIGNY, 1982, p. 100).

Vale dizer, num momento da história do povo, aquele mesmo direito que andara de mãos dadas com a língua passa a ser, diante da progressiva especialização das atividades humanas, objeto de uma ciência específica capaz de dar-lhe um sistema, constituindo-se doravante de dois momentos: “continua a ser um aspeto da vida completa do povo, mas também é uma ciência particular nas mãos dos juristas”<sup>116</sup>.

Note-se que nesta tarefa – de cunho, menos do que criativo, sobretudo representativo<sup>117</sup> no entender do autor -, toca ao jurista, não ao próprio povo nem ao legislador, a revelação do Direito, fazendo est’último depender de tudo quanto os especialistas houvessem por bem declinar como sendo tal – em relevo aqui, mais do que os práticos, especialmente os professores universitários [daí a expressão “direito dos professores” (HESPANHA, 2005, p.386)].

Essas manifestações “espontâneas” onde se revela o Direito serão buscadas no Direito Romano recepcionado, que, então, é considerado como que cravado na consciência coletiva do povo alemão, um

<sup>114</sup> Evolução aqui não quer significar progresso técnico e científico de aproximação entre a humanidade e o bem/verdade, na esteira do pensamento moderno. Evolução, neste passo, diz com o reconhecimento de que a história de uma nação segue um ritmo ditado por forças que, ocultas, lhe determinam historicamente as razões de ser, sem apelos, ao menos substanciais, às já referidas premissas modernas.

<sup>115</sup> Tradução livre de: “*il diritto si sviluppa dunque insieme al popolo, si perfeziona con esso e infine se estingue man mano che il popolo perde la sua peculiarità*” (SAVIGNY, 1982, p. 99).

<sup>116</sup> Tradução livre de: “*continua ad essere un aspetto della vita complessiva del popolo, ma è anche ua scienza particolare nelle mani dei giuristi*” (SAVIGNY, 1982, p. 100).

<sup>117</sup> Impossível deixar de perceber o corte retórico do autor, perceptível de modo mais claro na presente quadra, posterior à virada lingüística, movimento a partir do qual foi colocada em xeque a relação interpretação *versus* criação do direito, na forma como tradicionalmente entendida. Quanto a esta questão, explicada em pormenor por Larenz (LARENZ, 2009, p. 285/297), observe-se: GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. De qualquer forma, basta pontuar o modo por que essa concepção vai colocar o Direito na dependência do que os acadêmicos - em seu ambiente tipicamente aristocrático, e por isso conservador da Alemanha de então - dizem ser o Direito.

verdadeiro “Direito consuetudinário moderno” (GROSSI, 2007, p. 166). É aí, desse chão histórico, que competirá ao jurista extrair os princípios intrínsecos aos institutos jurídicos<sup>118</sup>, em atuação capaz de revelá-los de forma sistêmica, num arranjo teórico que, esse sim, haverá de constituir o próprio Direito<sup>119</sup>, já agora em perspectiva muito mais ampla do que aquela legalista oriunda da Modernidade.

Tal metodologia, contudo, vai com o passar dos anos caminhando cada vez mais em direção ao elemento técnico do Direito, deixando de lado aquele elemento político seu; isto é, vão os juristas<sup>120</sup> da Escola Histórica cada vez mais concentrar-se no sistema, na elaboração teórica do Direito, sem preocupar-se (ou preocupando-se já então de forma desabridamente retórica tão-só) com a face histórica/social, declarada a princípio determinante para a correta meditação do fenômeno jurídico.

Esse graduado afastar-se do elemento fático-social por que composto o Direito conforme os rigores originários da Escola Histórica, acaba por formalizar-se na história do pensamento jurídico por meio do

---

<sup>118</sup> Quanto ao conceito mesmo de instituição, e o modo com que ele se relaciona com a ‘relação de direito’, observe-se SAVIGNY, M.F.C. **Sistema del Derecho Romano Actual**. trad. Jacinto Mesia et al. 2.ed. Madri: Centro Editorial de Góngora,\_\_\_\_, p. 65/67 Tomo I, que, no excerto seguinte, merece pontual transcrição: “cuando no se quiere limitarse a las manifestaciones exteriores, sino penetrar la esencia de las cosas, se reconoce que cada elemento de la relacion de derecho, se refiere a uma institución que lo domina y le sirve de tipo, de la misma suerte que cada juicio está dominado por uma regla (1), y este segundo encadenamiento, ligándose con el primero, encuentra allí la realidad y la vida”. Por fim, para uma análise detida sobre as idéas de Savigny desenvolvidas no Sistema – relação jurídica, sujeitos de direito, pessoa, fato jurídico e ação – observe-se: AVONZO. Franca de Marini. **Diritto Romano e Diritto Privato. Letture de F.K. Von Savigny**. Torino: Giappicheli Editore, 1995, 81/216.

<sup>119</sup> Se é indubitável que, expressamente, a posição savignyana diz com o direito civil/privado (SAVIGNY, 1982, p. 97, 101, 115, *passim*), tal circunstância não impede de - ao contrário do que se dá, ver-se-á, com Thibaut – estender os rigores do defendido por Savigny ao então nascente direito público, já porque (a), de qualquer sorte, é essa a conclusão a que se chega diante de idéias historicistas – ou seja, se é evidente que se cuida de um autor historicista, de rigor concluir que, para ele, também o direito público dependeria do momento histórico e geográfico de onde ele emerge -; já porque (b) diferente da política e dependente do espírito do povo que nele se expressa, o direito público não poderia ser entendido como entidade estanque derivada da vontade de um tipo ideal de Estado protetor de um direito natural pertencente de modo intrínseco ao homem idealmente desenhado.

<sup>120</sup> Paulo Grossi, analisando as décadas que separam o Savigny de 1814 (data da feitura da obra *Vocações do Nosso Tempo - Beruf*) do Savigny da década de 40 daquele mesmo século (quando então o Sistema de Direito Romano atual começa a ser elaborado), faz perceber o movimento, do próprio Savigny, indicador de uma “precisa attualizzazione” (refere-se o historiador florentino às novidades e às exigências que, em solo tedesco, vieram à tona naquele entretanto – GROSSI, 2007, p. 166), no sentido de “una prevalenza netta del sistema sulla storia” (Ibid., p. 168).

nascimento de outro movimento jurídico – ou de um “ramo da Escola” Histórica (HESPANHA, 2005, p.391) - denominado Pandectística<sup>121</sup>.

Dai a relação entre a Escola histórica e a chamada Jurisprudência dos Conceitos – outro nome da Pandectística -, movimento est’último cujos propósitos, aprofundando uma das direções teóricas da corrente histórica, tencionam a elucidação da essência dos conceitos jurídicos, numa tarefa - já então absolutamente desgarrada do chão fático de que, ao menos retoricamente, se valiam os historicistas – de elaboração e mesmo construção abstrata dos institutos, agora em “alheamento da ciência jurídica em relação às realidades sociais, políticas e morais” (WIEACKER, 1980, p. 458).

Nesse sentido, Larenz aponta para o abandono da relação acentuada por Savigny entre a regra jurídica e o instituto jurídico “em favor da construção conceptual abstrata [...com a prevalência do...] processo lógico dedutivo da ‘Jurisprudência dos Conceitos’, preparando terreno para o formalismo jurídico que viria a prevalecer durante mais de um século” (LARENZ, 2009, p. 29).

Têm vez aqui o pensamento do primeiro Jhering (1818/1892)<sup>122</sup>, cujas idéias vêm ilustradas em *O Espírito do Direito Romano*<sup>123</sup>, e a

<sup>121</sup> Sem preocupações de ordem meramente formal consistentes em estabelecer se a Pandectística, quando comparada com a Escola Histórica, é uma nova Escola do Direito, ou se se cuida, tão-somente, de uma nova fase da primeira, o que importa aqui é ter presente a distância teórica que, não obstante a origem simile, as aparta, com a indicação de que, temporalmente, a Escola Histórica constitui-se em período anterior.

<sup>122</sup> Sobre o caminho percorrido pelo autor - da Jurisprudência dos Conceitos para a Jurisprudência Pragmática, “ponto de partida para a Jurisprudência dos Interesses” (LARENZ, 2009, p. 63) – observe-se: Ibid., p. 55 *et. seq.* Neste particular, atente-se a JHERING. R. **Serio e Fasceto nella Giurisprudenza**. Firenze, 1954, obra em que, a despeito de não trazer “uma nova orientação científica” (LARENZ, 2009, p. 57), o autor faz externar em tom irônico (perceba-se a carta *Nel cielo del Concetti Giuridici – Grottesco* – Ibid., p. 269/339) a descrença nas posições abstratas outrora defendidas. Esse segundo Jhering, representado in JHERING, R.V. **A Finalidade do Direito**. trad. José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed; Rio, 1979. Vol. I e II, preso embora a elementos formais constituidores do Direito, entendido como “complexo de normas realizadas pelo poder público mediante coação” (Ibid., p.VI), faz definir o Direito, não como produto de uma abstração, mas como instrumento relativizado “condenado a errar eternamente” (Ibid., p. 232), a serviço de uma finalidade: “o asseguramento das condições vitais da sociedade [... entendidas est’últimas...] não somente as da existência física, mas todos aqueles bens e gozos que [...] emprestam à vida seu verdadeiro valor”. (Ibid., p. 237). Dai a máxima segundo a qual “[...] se todas as normas jurídicas têm por finalidade a garantia das condições vitais da sociedade, isso significa que a sociedade é o sujeito final do direito” (Ibid., p. 247).

<sup>123</sup> JHERING, R. V. **O Espírito do Direito Romano: nas Diversas Fases de seu Desenvolvimento**. trad. Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.

sempre citada “pirâmide conceitual de que fala Puchta”<sup>124</sup> (HESPANHA, 2005, p. 390), teóricos agora preocupados em sair de um *quid* concreto e, de alguma forma, mais objetivo - ou seja, o próprio texto positivado - para alcançar uma elaboração indutiva dos institutos jurídicos.

De fato, o próprio Jhering (JHERING, 1954, p.13) faz menção a um *lavoro grosso* - parte inicial do trabalho jurídico em que jurista seleciona, prepara e limpa, interpretando, a matéria prima, ou seja, o texto romano recepcionado - e a um *piano di sopra*, onde a inicial massa inerte transfigura-se em *cosa viva*, a possibilitar que o conceito jurídico - propriedade, contrato de compra e venda, sucessão legítima, por exemplo - transforme-se em algo animado, capaz de, em sua essência jurídica, não só coligar-se com outros conceitos, como ainda reproduzir-se, livre da cangalha que eventualmente o tenha embrutecido do decorrer do tempo<sup>125</sup>.

Tal como um químico, o jurista aqui toma conceitos brutos da ‘realidade física’ e parte para sua depuração e decomposição, deixando de lado elementos que, eventualmente a eles coligados, não fazem parte de sua essência propriamente dita. Nesse rumar indutivo, o objetivo do teórico é a revelação do que seja, em si, o instituto, tomado agora em sua límpida realidade jurídica. Com esse desenvolvimento, também a operação mental inversa - dedução - é possível, porquanto é desses novos conceitos abstratos que outras figuras jurídicas - ausentes em lei porque ocultas ao “espírito jurídico nacional” (WIEACKER, 190, p. 457) - poderão ser deduzidas, num processo que, supostamente distanciado do particular político-ideológico, tinha sua legitimidade assegurada em critérios de ordem formal (HESPANHA, 2005, p. 395),

<sup>124</sup> Sobre o autor (1798/1846), discípulo e sucessor de Savigny, a quem se deve a imposição do formalismo conceitual típico da Escola dos Conceitos, veja-se em pormenor: (WIEACKER, 1980, p. 455/460).

<sup>125</sup> Esse passo formalista, contudo, em nada se confunde com aquele de color positivista que, no âmbito normativista, será dado mais tarde por autores como Kelsen. É que na Jurisprudência dos Conceitos vigora ainda a crença de que - se num primeiro momento o estudioso do Direito deve reportar-se a um dado da realidade (em específico o texto romano recepcionado e, ainda, a própria *Lex*) - o Direito ainda pode ser construído - construído! - num segundo momento pelos juristas, aptos, assim, a ultrapassar os rigores do legislado, tendo por base princípios “realmente existentes” (HESPANHA, 2005, p. 395), o que, é certo, impossibilita arroubos criativos mais eloquentes. Pelas mãos dos especialistas, com efeito, institutos declinados naquelas fontes primárias do direito interpenetram-se dando origem a outros jamais por elas mencionados, num processo que, se inegavelmente preocupado com problemas práticos vivenciados, faz dos juristas os grandes responsáveis, mais do que a organização e sistematização, pela elaboração mesma do Direito. Est’último mister é expressamente vedado ao jurista por Kelsen para quem, crente na inexistência técnica de lacunas da lei (KELSEN, 1986, p. 167/170 e 286/288), a ciência jurídica “apenas pode descrever o Direito” (KELSEN, 2006 p. 82).

isto é, na racionalidade e na correção lógico-sistemática com que fora talhado.

Quanto ao indicado distanciamento que os autores da escola acreditavam ter em relação à política, importa aqui mencionar que, seguindo nesse particular os rigores do primeiro momento da Escola Histórica, o Direito – a tarefa de defini-lo - ainda permanece nas mãos dos juristas; distante, por isso do poder político institucionalizado<sup>126</sup>.

Impossível deixar de perceber, contudo, que, sim, dita postura carrega consigo matizes individualistas, sustentadas que estavam suas abstrações decorrentes do princípio segundo qual, já a contrariar a própria tendência organicista savignyana, “a sociedade resulta de uma combinatória de actos de vontade de indivíduos livres e titulares de um direito originário a essa liberdade” (HESPANHA, 2005, p. 396). Daí o próprio Hespanha identificar os quadros político-ideológicos da pandectística, mui “largos” embora, “com aquilo que se poderia classificar de liberalismo” (HESPANHA, 2005, p. 397).

No seu exagero, os esforços formalistas da Pandectística – de que representante ainda Bernahrd Windscheid<sup>127</sup> - acabaram por trair as premissas de que partia originariamente a Escola Histórica, na sua crítica historicista aos pressupostos do direito Moderno.

É que a própria metodologia de que lançava mão a Jurisprudência dos Conceitos só fez por reforçar concepções recusadas no estágio inicial da Escola Histórica, como percebido por Wieacker (WIEACKER, 1980, p. 458) e apontado por Paolo Grossi:

Estes juristas [...] não percebiam (ou não quiseram perceber) que, em substância, reproduziam em pleno século XIX a postura metodológica e as conclusões essenciais da reflexão jusnaturalista: como a de raciocinar por meio de modelos, como a de desenhar sujeitos ou relações meta-históricas, ou seja, abstratas, como a de surpreender o direito

<sup>126</sup> É certamente a continuação dessa descrença no poder Estado/legislador como fonte do Direito – desconfiança de que famoso representante o mesmo Savigny, professor mui influente na particular político de então - , fator que explica o atraso “por cerca de meio século da integração política e estadual alemã” (WIEACKER, 1980, p. 452), e a demora da codificação tedesca, que somente no início do Século XX vem à tona.

<sup>127</sup> Autor (1817/1892) que, no prosseguimento das idéias relativas à pirâmide conceitual de Puchta, bem representa o “persistente vigor moral do positivismo científico” (WIEACKER, 1980, p. 510). Maiores particularidades sobre o pensamento deste jurista, de consultá-las ainda em LARENZ, 2009, p. 34/39.



sobremodo como direito privado e cada vez mais sustentado por uma fortíssima ideologia individual<sup>128</sup>.

Assim elucidada a Escola Histórica e os contornos de seu desenvolvimento, pode-se compreender os motivos por que, para muitos, ela é apreciada sob a luz das “origens do positivismo jurídico na Alemanha” (BOBBIO, 2006, p. 45/62).

### 2.1.3 A celeuma Savigny versus Thibaut

Elucidados os pormenores necessários à boa compreensão da Escola Histórica – seus pressupostos e desenvolvimento –, necessário ainda outro passo para o pontual enfrentamento a temática em que envolvida a presente obra, qual seja, indicar como dita Escola opôs-se pontualmente às convicções jurídicas revolucionárias então vicejantes. Vale dizer: se o mister do opúsculo é, partindo do pensamento de Santi Romano, verificar em que medida suas críticas à Modernidade (ao modelo de Direito por ela instaurado) dialogam com o pensamento de outros juristas, críticos também do paradigma jurídico instaurado pelo revolução de 1789, revela-se necessário indicar concretamente o exato teor das admoestações endereçadas, muito mais do que perder-se na caracterização destes.

No que toca à escola posta a cotejo, tal meta há de ser alcançada – mesmo a correr o risco de parecer-se repetitivo - voltando os olhos com maior atenção ao embate entre Savigny e Thibaut.

Trata-se da celeuma ocorrida em 1814 quando, em reposta à obra de Thibaut<sup>129</sup>, Savigny faz publicar o célebre “A vocação do nosso tempo para a legislação e a jurisprudência”, designado na tradição

<sup>128</sup> Tradução livre para: “questi giuristi [...] non si accorgevano (o non volevano accorgersi) che, in sostanza, riproducevano in pieno ottocento l’atteggiamento metodico e le conclusioni essenziali della riflessione giusnaturalistica: quel ragionar per modelli, quel disegnare soggetti e rapporti meta-storici cioè astratti, quel sorprendere il diritto soprattutto come diritto privato e per di più sorretto da una fortissima ideologia individualistica”. (GROSSI, 22007, p. 169)

<sup>129</sup> THIBAUT, A. F. **La Codificación: Una controversia programática basada en sus obras: “Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania” y “De la Vocación de nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho”**. Con adiciones de los autores y juicios de sus contemporáneos. Madrid: Aguilar, 1970. Para uma pontual biografia do autor (1772/1840), liberal moderado que se ocupou outrossim de estudos musicais, veja-se WIEACKER, 1980, p. 445, em especial nota 47.

jurídica simplesmente por *Beruf* (que quer dizer “vocação” em alemão), obra que representa “uma das mais belas contribuições da literatura jurídica para o tesouro da língua alemã” (WIEACKER, 1980, p. 445), dando espaço, assim, ao embate entre a proposta codificadora e o pensamento historicista, contrário à legislação, de Savigny – do primeiro Savigny, diria Grossi.

Quanto às idéias de Thibaut, o núcleo de tudo quanto defendido pelo autor diz com o ideário francês revolucionário, entendendo o autor que o Direito Civil<sup>130</sup> então vigente necessitava de uma “rápida transformação [... devendo os governos alemães...] colocar em prática, unindo suas forças, um código promulgado para toda a Alemanha, subtraído do arbítrio dos governos singulares”<sup>131</sup>, tudo isso como forma de tornar a legislação clara, inequívoca, exaustiva e, ainda, capaz de satisfazer às então atuais necessidades dos súditos<sup>132</sup>. Tais contornos, segundo o autor, não estavam presentes no modelo jurídico alemão daquele momento, embasado que se encontrava no Direito Romano recepcionado, nos específicos direitos de cada localidade, e na utilização do próprio Direito Canônico.<sup>133</sup>

<sup>130</sup> A ressalva – direito civil – é proposital, à proporção que se despreocupa o autor com o direito público, cadinho que “*depende más de la buena voluntad que del esfuerzo del entendimiento*” (THIBAUT, 1970, p. 10). *Nota bene*: não se cuida aqui da proposta racionalizadora, levada aos píncaros em suas conseqüências, de Bentham, que almejava a total e completa codificação do direito. Embora trate principalmente com a distinção direito penal versus direito civil, (o que não o impede de considerar um *tertio genus*, o direito constitucional, nome capaz de, dentro de uma espécie de direito político, diferenciar-se do direito das gentes (BENTHAM, 1981, p. 426), o autor refere-se a um “Código Constitucional”, o qual se destinaria “[...] a conferir a algunas classes particulares de la sociedad a algunos individuos ciertos poderes, y prescribirles ciertas obligaciones.” (Idib., p. 507). Sobre o que deve estar contido desse direito constitucional – amplo horizonte de temáticas que vai desde os meios de aquisição dos ofícios estabelecidos pelo Estado até os dispositivos que tratam das competências do soberano – observe-se em pormenor: Ibid., p. 516/517.

<sup>131</sup> Tradução livre de “*rápida transformación [...] poner en vigor, uniendo sus fuerzas, um código promulgado para toda Alemania, sustraído al arbitrio de los gobiernos singulares*” (THIBAUT, 1970, p. 11).

<sup>132</sup> É essa mesma – súdito – a expressão recorrentemente utilizada por Thibaut (THIBAUT, 1970, p. 11, 13, 24, 27, 31 etc.). Na obra em questão, a propósito, o autor não parece preocupar-se com a distinção entre os conceitos, ideologicamente distintos, de súdito e cidadão. Do que se lê, é também constante a utilização do verbete *ciudadano* (Ibid., p. 16, 18, 24, 25, 26 etc.).

<sup>133</sup> O direito do romano, de obscura compilação, é visto como “[...] obra de una nación extranjera muy diferente a nosotros, realizada em el período de su más profunda decadência, [... os direitos ‘locais’ como...] um interminable amontonamiento abigarrados, contradictorios, que se anulan entre si [...] e hacen imposible a los jueces y abogados el conocimiento a fondo del Derecho”. Por sua vez, o Direito Canônico, quando incide sobre questões civis, é entendido como “*tan despótico em la consideración de la influencia del poder espiritual en los asuntos seculares que ningún gobernante prudente puede sujetarse por completo al mismo*

Talhado conforme as exigências da época e capaz de fazer acessível o Direito mesmo aos *mediocres* (THIBAUT, 1970, p. 19), o Código nacional, a ser dessa forma elaborado, traria benéficas consequências ainda ao particular científico, possibilitando que o Direito passasse a ser “objeto de exposições acadêmicas” (THIBAUT, 1970, p. 21), a fortalecer o sentido prático tão caro aos estudantes<sup>134</sup>.

Crente ademais em que as partes do Direito Civil – muitas delas, como a propriedade, o direito sucessório, por exemplo – constituam “uma espécie de matemática jurídica” (THIBAUT, 1970, p. 37), na qual não incidiam nem os direitos locais<sup>135</sup>, nem a vontade de qualquer espécie de legislador<sup>136</sup>, o autor lança descrédito por sobre a veneração do passado que, segundo ele, estava excedendo-se, na convicção de que, muito do que era entendido por tradicional, não passava de “mera negligência jurídica” (THIBAUT, 1970, p. 40), sendo necessário tão só um “ligeiro empurrão” para que fossem alteradas estruturas que tais (THIBAUT, 1970, p. 41)<sup>137</sup>.

---

[...]” (THIBAUT, 1970, p. 12/13). Quanto ao uso do Direito Romano, o autor prossegue lançando-lhe descrédito em terras tedescas, seja em razão da sua falta de clareza (Ibid., p. 14), seja em face de conter-se o direito romano em manuscritos diversos, por vezes contraditórios (daí a comparação entre seu conteúdo e *fuego fátuo* – Ibid., p. 14), tudo isso a causar inúmeras dificuldades práticas no que toca à segurança dos cidadãos, a quem, no limite, deve servir o Direito, antes mesmo de reportar-se aos estudiosos e professores. (Ibid., p. 18).

<sup>134</sup> Ainda quanto às vantagens, no particular acadêmico, de uma codificação, confira-se (Ibid. p. 22/23), sem esquecer aquelas que dizem diretamente com *la felicidad del ciudadano* (Ibid., 24/25): (a) não só a possibilidade de o novo código, único para toda a Alemanha, apontar para a unificação política da própria Alemanha (unificação que Savigny esperava ocorrer por meio da Cultura), como também (b) o despertar da igualdade jurídica entre os cidadãos, como por fim (c) a segurança jurídica advinda de um texto público.

<sup>135</sup> Estes, prossegue o autor, quando não passarem de “*un capricho irreflexivo*”, ou de “*un aislamiento poco inteligente*” – sintomático que, nesse passo da argumentativo, Thibaut valhasse de Voltaire (THIBAUT, 1970, p. 38) – não devem servir para negar a codificação do Direito Civil, porquanto, na grande maioria dos casos, o que eles trazem de realmente específico não é capaz de desmentir, na sua extensão pontual, o vigor de um projeto de codificação.

<sup>136</sup> Vê-se aqui que, muito embora não use o termo direito natural, inegável que, ao valer-se de semelhante corte argumentativo, o autor traz à tona elementos jurídicos como que naturalizados, em relação aos quais o legislador, mesmo aquele encarregado da elaboração da Codificação, deve respeito, sem que, aí, lhe sejam facultadas maiores ingerências.

<sup>137</sup> No ponto, é literal a referência ao *sapere aude!*, expressão utilizada por Kant (KANT, 2009, p. 9) para referir a coragem dos iluministas em, superando a minoridade, assumirem-se como senhores de si no que toca ao seu entendimento. Em verdade tal expressão, originariamente proferida por Horácio (HORÁCIO. F.V. *Carnina*, Bernhard Wyss, 1947, p. 230 – Livro I, Carta II, Verso 40) está em contraposição com a advertência de Paulo, que, escrevendo aos Romanos, conclamou-os a que temessem, advertindo-os de que, diante de Deus, a crença e a obediência eram mais vantajosas do que a soberba: “Não fiques cheio de soberba, mas teme” (BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Trad. Ludovico Garmus. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 763).

Como modelo da obra a ser desenvolvida – e respondendo àqueles que enxergavam na elaboração do código procedimento por demais dispendioso - Thibaut, por fim, indica como exemplos que merecem ser seguidos o Código Prussiano e o Austríaco, fazendo menção, ainda, ao próprio Francês (Francês!), empreitadas essas que deveriam ser encaradas como *trabajos preliminares altamente aleccionadores* (THIBAUT, 1970, p. 43), confiando em que seria aquele o momento histórico próprio para as mudanças defendidas por ele próprio.

As objeções savignianas lançadas em resposta às idéias deduzidas por Thibaut, no que dialogam com o pensamento romaniano, são de algum modo bem pronunciadas.

De fato, se desde logo se percebe que a teoria das fontes do direito de que lança mão Thibaut tem por fonte primaz do Direito a vontade estatal, o que se vê na concepção de Savigny - no que é acompanhado por Romano - é que o direito legal-estatal compõe um segundo passo, algo posterior que pode adjungir-se ao fenômeno jurídico objetivo (SAVIGNY, 1982, p. 96).

Sem deixar de perceber que a principal fonte do direito em Savigny é o costume - no que, como dito, não vem acompanhado por Santi Romano<sup>138</sup> -, importa aqui sublinhar a face objetiva do Direito, fenômeno anterior à lei que já tem sua vida perfectibilizada antes do ato de vontade legislativa. O Direito aqui passa a ter uma “vida” - como vida possui o povo, que nasce, cresce, desenvolve-se e fenece (SAVIGNY, 1982, p. 99), em estágios que transpassam em larga escala o fenômeno legislativo<sup>139</sup>, e que, portanto, impedem arroubos universalistas no particular.

Daí o forte traço anti-individualista<sup>140</sup> do pensamento do jurista tedesco, que faz o Direito emanar não de uma pessoa, ou melhor, do

<sup>138</sup> É o que se vê, já se disse, quando o autor faz menção à primeira e originária fonte do dir. internacional, a revelar que est'último “[...] *non sempre si è venuto fomando a poco a poco, [...], mà è sorto col sorgere deçça comunità, è immanente ad essa e com essa conaturato*”. (ROMANO, 1939, p.32).

<sup>139</sup> É Santi Romano quem o diz: “[...] uma ordenação deve corresponder à consciência e à alma do povo para o qual vigora”. (ROMANO, 1977, p.50). Quanto ao fato de o direito possuir só num segundo momento uma face normativa, observem-se, conforme já se elucidou, os apontamentos do jurista italiano (ROMANO, 2008, p. 129).

<sup>140</sup> Grossi, com efeito, refere-se a Savigny como anti-revolucionário e hostil ao “individualismo burguês” (GROSSI, 2007, p. 163). O corte anti-individualista do pensamento romaniano, vem ele sublinhado *in Id.*, 2000, p. 109/116. O aspeto anti-revolucionário, incontido no pensamento savignyano, também pode ser aferido analisando o verbete *Rivoluzione e Diritto* (ROMANO, 1953, p. 220/233), onde - mesmo a considerar que, quando estruturada num movimento organizado, uma revolução pode constituir um ordenamento jurídico – o autor italiano faz

cidadão, detentor em si de direitos, mas de algo que está para além do indivíduo, isto é, a Nação<sup>141</sup>, que, em seu espírito, manifesta-se em fenômenos culturais que vêm de camadas chãs, como as lendas, os contos, a língua e o próprio Direito.

Do mesmo modo, o desconforto com a metafísica moderna<sup>142</sup> de um direito natural, de um legislador ideal, de um contrato imemorial (SAVIGNY, 1982, p. 96) toma corpo, qual se dá no pensamento de Romano<sup>143</sup>, numa reflexão que enxerga aí elementos a-históricos, oriundos de uma *invenzione arbitraria* (SAVIGNY, 1982, p. 94)<sup>144</sup>, encontradíssima mais na cabeça dos filósofos do que no chão histórico de qualquer povo.

Sendo assim, logo se percebe o diálogo existente entre os autores, na firme crítica, presente em ambos, às posições incontidamente abstratas de que se valeu a Modernidade Jurídica na construção de um Direito estatalista.

Se a crença positivista – num positivismo de corte sociológico – por certo impediria Santi Romano de abraçar o historicismo de Savigny

---

revelar sua posição no particular, quando indica que o ordenamento de uma revolução, do ponto de vista tradicional pelo qual se olham os ordenamentos, apresenta deficiências, lacunas, deformações e devaneios gravíssimos. Intuitivo que o autor considere tal ordenamento na maioria dos casos, “sem dúvida”, mais injusto do que a hipótese agostiniana da sociedade de ladões. (Ibid., p.226).

<sup>141</sup> Nação aqui a representar, não aquilo em cujas mãos os revolucionários franceses depositaram, num primeiro momento, a soberania (art. 1. do Título Terceiro da Constituição de 3/9/1791), mas algo que, derivado das identidades coletivas de um povo, contrapõe-se às arestas racionalmente desenhadas de que se constituía o Estado Moderno. Esta perspectiva foi posta em evidência pelo autor também no Direito Internacional, agora colocando em destaque, na Comunidade Internacional, a figura da Nação, não mais a do Estado. (SAVIGNY, F.C. **Sistema Do Direito Romano Atual**. trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Ijuí. 2004, 8 vol. p. 47/58. Tal aspeto foi abordado em pormenor in DAL RI JÚNIOR. Arno. A Nação contra o Estado. A Ciência do Direito Internacional no ‘Rissorgimento’ Italiano. in \_\_\_\_\_.

<sup>142</sup> Não que o pensamento savignyano fosse isento, de qualquer sorte, de desenhos metafísicos. Eles, ao revés, são bem nítidos na incontida utilização de construções jurídicas que têm por esboço “[...] *sigole energie e attitività di un unico popolo* [...]” (SAVIGNY, 1982, p. 97). Metafísica é outrossim a concepção que vê na histórica, quando não a evolução e a lógica típicas do ideário moderno, um sentido em si, dividindo-a em momentos de infância, maturidade e senilidade, como num processo, tipicamente dos seres vivos, que remete à idéia, não de um caminho que tem por fim o bem/verdade/razão, mas de um desenvolvimento/completude.

<sup>143</sup> Na comparação entre os modelos constitucionais – inglês de um lado, e Francês de outro -, Romano refere-se às Constituições dest’último (possuidor de um direito constitucional escrito derivado de um momento revolucionário) com expressões como “ingênuo ilusão”, e “solenes contratos [...] que representariam...” uma renovação do original e mítico contrato social” (ROMANO, 1977, p. 44).

<sup>144</sup> Como já ilustrado, para retratar o fenômeno Santi Romano faz uso do termo mitologia jurídica, a referir-se, então, a *stato di natura, diritti innati, contratto sociale, volontà generale*. (ROMANO, 1953, p. 130/132).

(movido que era est'último pelas já mencionadas 'forças ocultas' ou pelo "espírito do povo"), e se o sentido romântico de uma Nação que segue no tempo uma vida assemelhada a dos seres humanos haveria de ser descartado pelo cético autor italiano, tudo isso não tem força para impedir o diálogo entre autores tais, que, entrincheirados em distintos momentos históricos, postaram-se ao lado da defesa de um Direito que fosse resgatado em sua face objetiva; anterior, portanto, do arbítrio legislativo.

É, pois, reforçando essa crítica às posturas modernas que a relação – a bela relação – entre os autores se põe de pé, na aproximação existente entre ambos diante de uma só e mesma concepção jurídica: aquela, de nefelibatas traços, moderna.

## 2.2 O POSITIVISMO E O POSITIVISMO SOCIOLOGICO DENTRO DO HORIZONTE JURÍDICO

Se o século XVIII, na esteira do paradigma newtoniano, representou a consolidação do estudo das ciências naturais trazido à tona no século anterior por força do pensamento de autores como Galileu (crente na observação e na experiência como *modus operandi* para a descoberta das leis naturais no campo daquelas mesmas ciências), o século XIX revelou, a seu turno, uma continuação desse processo, agora com a transposição do reconhecido método das ciências naturais para o seio daquelas chamadas ciências sociais, em especial, aqui, no que toca à Sociologia, História, Psicologia e ao próprio Direito.

Nesse passo é que surge o positivismo<sup>145</sup>, corrente filosófica que pretendia dar àqueles diversos ramos de estudo – então carentes de efetiva cientificidade – os reais rigores de uma ciência: na tentativa de tratar os fenômenos humanos - aqueles cuja ocorrência decorre da agência humana<sup>146</sup> - como coisas que ultrapassam o estágio subjetivo do próprio indivíduo, tudo isso tendo por base a busca de leis gerais que, à maneira das leis naturais<sup>147</sup>, governam os eventos humanos com um caráter universal e objetivo.

Assim é que Comte propõe sua filosofia positiva<sup>148</sup>, que pretendia, sistematizando os já conhecidos métodos consagrados nas ciências naturais, levá-los agora aos fenômenos sociais. Estes então seriam estudados por uma nova ciência que, fazendo parte do tronco geral das ciências gerais, denominar-se-ia “física social” – (COMTE, 1973b, p. 15), na tentativa de descobrir as leis naturais invariáveis, que regeriam os fenômenos, fossem eles naturais ou humanos.

<sup>145</sup> O positivismo de que se trata no presente opúsculo é aquele lógico de feição comtiana, que, não em raros aspetos, distingue-se do positivismo lógico da Escola de Viena, particularmente do pensamento de Carnap. Para uma comparação feita em pormenor entre semelhanças e dissensos, veja-se, como já anotado: DUTRA, 2005, p. 49/66.

<sup>146</sup> Em contraposição aos chamados fenômenos naturais, que são regidos pela causalidade, de forma que se dão sem a necessidade da intervenção do homem.

<sup>147</sup> Leis entendidas por “[...] relações constantes que existem entre os fenômenos observados”. (COMTE. A. Discurso sobre o Espírito Positivo. Excertos. **Comte e Durkheim**. trad. José Artur Giannotti. São Paulo: Abril, 1973, p. 55 [Coleção os Pensadores]).

<sup>148</sup> Quatro são, pois, os objetivos principais da filosofia positiva: revelar as ‘leis lógicas’ a que submetido o espírito humano; promover, com base nelas, uma reforma na educação; fazer progredir as ciências, sobretudo a ‘física social’; e por fim reorganizar, com base em tudo quanto exposto, a sociedade conforme os avanços alcançados. (COMTE. A. Curso de Filosofia Positiva. Excertos. **Comte e Durkheim**. trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril, 1973, p. 18/24 [Coleção os Pensadores]).

Vale dizer, a pretensão do autor é deslocar para o campo da filosofia positiva o estudo, até então desenvolvido com métodos tidos por metafísicos ou teleológicos<sup>149</sup>, dos fenômenos sociais, tratando-os como verdadeiras coisas: tal como uma pedra está sob a batuta da lei da gravidade – Comte repete-se em lançar mão do exemplo da gravitação newtoniana<sup>150</sup> – também ações/crenças/comportamentos humanos obedeceriam a rigores legais universais que podem ser revelados *mediante a observação, neutra e imparcial*<sup>151</sup>, daqueles mesmos fenômenos<sup>152</sup>. É um só método – o das ciências naturais – o meio capaz de explicá-los conforme as leis que os governam a ambos<sup>153</sup>.

<sup>149</sup> A proposta positivista pretende descobrir as leis que regem os fenômenos; saber, contudo, as causas dessas leis, ou a sua finalidade – como preocupada a tradição filosófica desde a antiguidade vigente – não passava de pretensão “[...] inacessível e vazia de sentido” (COMTE, 1973b, p. 13), para a qual o autor não voltava suas atenções. No plano jurídico, esse traço do positivismo – essa aversão em pretender averiguar causas e finalidades do objeto, limitando-se, ao revés, a uma análise sua instrumental – é observado em Santi Romano “[...] *un ordinamento c’è perché c’è e quando c’è [...] il punto di partenza delle indagini del giurista è per l’appunto l’ordinamento in quanto esiste e non occorre risalire oltre per ricercarne il fondamento, il perché e il valore della sua efficacia*”. (ROMANO, 1953, p.69), como ainda no próprio Kelsen, para quem a ciência do direito “[...] quer única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto. Procura responder a esta questão: o que é e como é o direito?” (KELSEN, 2006, p.1), posição esta que não impede a leitura de passagens como a seguinte: “a segurança coletiva ou a paz é a função que, - como já se notou – tem de fato, se bem que em grau diferente, as ordens coercitivas designadas como Direito que tenham alcançado determinada fase de evolução” (Ibid., 54). De fato, o positivista em geral está preocupado com a postulação de entidades inobserváveis na explicação causal, por isso seu repúdio às explicações metafísicas e especulativas que extrapolam o domínio do observável e dos ‘fatos’)

<sup>150</sup> COMTE, 1973b, p. 13 *et seq.*

<sup>151</sup> Defende Durkheim que o cientista social, no seu intuito de fazer ciência, tem de afastar-se de suas noções prévias, de seus pré-conceitos, que não hão de ter lugar “[...] quer no momento em que determina o objeto de suas pesquisas, quer no decurso de suas demonstrações [...]”. (DURKHEIM, E. As Regras do Método Sociológico. Excertos. **Comte e Durkheim**. Seleção de textos José Arthur Giannotti. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. Et al. São Paulo. Abril Cultural, 1978, p. 102 [Coleção os Pensadores]). Lança-se mão desses dois autores – Comte e Durkheim – na explicação do positivismo, absolutamente ciente dos pontos de desencontros – ao menos retóricos – existentes entre eles próprios. Críticas a Comte - ao evolucionismo comtiano -, quem as faz é o próprio Durkheim (DURKHEIM, 1978, p. 96/97). Impossível deixar de perceber, também, que, posto que tivesse a pretensão de ser contra a metafísica, o pensamento comtiano não fez senão reverberá-la de modo assaz desabrido na crença da “marcha progressiva do espírito humano” (COMTE, 1973b, p. 11), e ainda de modo menos evidente no realismo platônico de acreditar na absoluta identidade entre o fenômeno do mundo e a teoria que explica esse fenômeno, igualdade essa sem a qual o conhecimento da verdadeira realidade é impossível. Quanto à questão da metafísica no pensamento comtiano veja-se: DUTRA, 2005, p. 48/49 e 53.

<sup>152</sup> É claro que essa filosofia positiva comtiana não pairava metafisicamente acima do espírito do homem; antes ela mesma decorria do próprio processo pelo qual est’último passou ao longo do tempo, de forma que a própria filosofia positiva faz-se consequência do desenvolvimento da humanidade, que, em cada estágio seu, trazia consigo uma determinada forma de conhecer. Para Comte, três são, pois, os estágios do espírito humano, cada qual unido a um modo de



Não é à toa que Durkheim vale-se da categoria ‘fato social’ – concebido como “[...] ‘toda a maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coação exterior’ [...ou ainda...], ‘que é geral no conjunto de uma dada sociedade tendo ao mesmo tempo, uma existência própria, independente de suas manifestações individuais’”. (DURKHEIM, 1978, p. 92/93) – como base de sua sociologia, na tentativa de explicar os fenômenos sociais<sup>154</sup>: “a primeira regra e a mais fundamental é a de considerar os fatos sociais como coisas”. (DURKHEIM, 1978, p. 94).

O verbo ‘explicar’ tem, neste passo, sentido específico, a diferenciar-se de ‘compreender’ (típica postura da tradição hermenêutica, de que Max Weber é conhecido expoente)<sup>155</sup>, na exata

---

conhecer: (a) o teológico/fictício – em que o que se procura são as causas finais dos acontecimentos (entendidos como decorrência de uma vontade de agentes sobrenaturais) -; (b) o metafísico/teológico - em que, intermediário, a vontade dos agentes sobrenaturais é substituída por forças naturais (ainda aqui, percebe-se, procuram-se entender as causas do fenômeno) -; (c) e por fim, o positivo/científico em que o conhecer é identificado com a *descrição objetiva de como se passam os fenômenos, na intenção de conhecer as leis que o governam*. (Em pormenor, confira-se: COMTE, 1953b, p. 10/12). A teoria da história coliga-se com a teoria da própria ciência, pois.

<sup>153</sup> Especificamente quanto à moral – típico fenômeno humano -, Durkheim mesmo defende que “[...] para regular as nossas relações com os homens não é necessário recorrer a outros meios diferentes daqueles que nos servem para regular as nossas relações com as coisas; a reflexão metodicamente utilizada, basta num e noutro caso. (DURKHEIM. E. **A Divisão do Trabalho Social**. trad. Maria Inês Mansinho et al. Lisboa: Presença, 1977, p. 47 [vol I]).

<sup>154</sup> Coercibilidade, objetividade, exterioridade em relação ao sujeito, eis os caracteres que, assim, distinguem o fato social dos eventos orgânicos e dos eventos psíquicos. (DURKHEIM, 1978, p. 88).

<sup>155</sup> No que toca à disciplina História, a posição positivista (lógica) encontra-se, se bem que com algumas particularidades, em autores como HEMPEL. C. A função das leis Gerais em História. In: GARDINER. P. **Teorias da História**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1984, p. 421/435, onde se lê: “Em história, como em qualquer ciência empírica, a explicação de um fenômeno consiste em o classificar segundo leis empíricas gerais; e o critério de sua exatidão não é ver se ela agrada à nossa imaginação [...] mas pura e simplesmente se ela se fundamenta em hipóteses empiricamente bem fundadas, relativas a condições iniciais e leis gerais”. (Ibid., p. 432). Em nível mais amplo, de ver como tal pensamento volta-se contra a abordagem interpretativa do fenômeno humano – de resto influenciada pelo historicismo de Savigny e sua Escola – presente, por exemplo, em Weber. Para esse sociólogo o decisivo nas ciências humanas, ao contrário do que se dá nas ciências naturais, é a compreensão – isto é, a captação do sentido - das ações dos agentes, atitude que, diante da evidência de que aquele mesmo sentido da ação é dado de forma subjetiva por seu agente, somente haverá de ser plenamente tomada quando o cientista for capaz de apreendê-la por meio da construção, de contornos certamente objetivos, de tipos-ideais, que visam a reconstituir racionalmente o sentido intencional das ações individuais. Este individualismo metodológico – que parte do sentido que o agente dá à sua conduta -, e ainda essa desconfiança em relação a leis que pudessem reger o humano em suas infinitas possibilidades de conferi-los in WEBER, M. A objetividade do Conhecimento nas Ciências e Políticas Sociais. In: WEBER, M. **Sobre a Teoria das Ciências Sociais**. trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Moraes, 1991, p. 2/75. Perceba-se, quanto a

premissa de que se explica um fenômeno quando se reconhece a lei da qual ele é decorrência. Daí a célebre relação que os positivistas tradicionais - por exemplo, Comte, Durkheim - enxergam entre descrever, explicar e prever<sup>156</sup>. A saber, é por meio da observação que se é capaz de descrever o modo pelo qual se dá o fenômeno – natural ou humano pouco importa. Descrevendo-o, pode-se estabelecer certa regularidade nele atuante, quando então é possível perceber a lei nele incidente – chega-se, portanto, à explicação. Explicado o evento, não há problemas em prever sua ocorrência com base na lei a que se chegou: concorrendo tais ou quais fatores – a escolha desses fatores é sempre seletiva para fins de dedução – a lei haverá de incidir concretizando, no mais das vezes, quais e tais resultados<sup>157</sup>.

Na ciência jurídica, essa posição positivista, ao menos nesse primeiro momento<sup>158</sup>, leva o jurista a pretender tratar o Direito como um objeto absolutamente idêntico aos da ordem natural, o que implica, como já sublinhado (item 1.1.4), encontrá-lo na própria realidade social (não nos textos legais propriamente ditos – ou neles somente num

ess'último aspeto, que, para Weber, o uso de leis não pode ser totalmente desprezado nas ciências humanas, visto que elas são fontes de probabilidades que subsidiariamente auxiliam o cientista social. Dessa forma, a utilização de leis na investigação social deve ser, para Weber, complementada pela compreensão necessária ao estudo dos fenômenos humanos. A crítica de Hempel, outro autor de pensamento positivista, à “compreensão” no campo das ciências humanas é expressa: “[...] o fato de o historiador estar ou não em posição de identificação com seu herói histórico não tem qualquer relevância para a correção de sua explicação; o que conta é a solidez das hipóteses gerais em causa, quer elas tenham sido sugeridas por empatia quer por um método que estritamente se refira ao comportamento”. (HEMPEL, 1984, p. 430).

<sup>156</sup> É também típica dos positivistas tradicionais a postura que, ciente dessa possibilidade de prever, esteja engajada, no que se pretende reformadora – com a intenção de melhorar/aprimoramento – da realidade. Com efeito, Comte indica como vantagem de sua filosofia positiva a “reorganização da sociedade” (COMTE, 1973, p.23), indicando Durkheim que, de sua proposta de estudar a realidade, não se segue atitude que implique a pretensão de “melhorar” a sociedade, e que a separação entre problemas práticos e problemas teóricos há de ser vista como condição “para nos colocarmos em situação de melhor os resolver [resolver os problemas práticos...]”. (DURKHEIM, 1977, p. 45).

<sup>157</sup> Não que, deste modo, o indivíduo fosse considerado um mero objeto posto à ação de leis que lhe determinassem a conduta. Se assim fosse, a inovação e as próprias mudanças sociais não conseguiriam ser explicadas pelos positivistas. Ao revés, defendem tais teóricos que, sob a ingerência dessas leis – dessa ‘pressão social’ exercida sobre o indivíduo -, est’último há de portar-se de modo pessoal, conforme sua personalidade (que se mantém, de resto, intacta). O ponto de vista positivista está em dar ênfase a essa coerção sofrida pelo homem por conta dessas injunções sociais, das quais é mui difícil de escapar-se (como é outrossim difícil pôr-se ao largo das leis naturais propriamente ditas).

<sup>158</sup> A perspectiva normativista dentro do paradigma do positivismo jurídico somente vai alcançar rigores mais exatos no século XX, com o pensamento de Kelsen. A questão “positivismo sociológico – de que ora se trata – *versus* positivismo normativista” foi já tratada em seus contornos no item 1.1.4 do presente opúsculo.

segundo momento da pesquisa -, nem nas idéias que a coercibilidade jurídica pudesse causar nos indivíduos), como se fora, diria Durkheim, um fato social, isto é, objetivamente verificável no campo do ser que suplanta a existência individualizada de um homem<sup>159</sup>.

Ainda no plano jurídico, de perceber que tal postura vai de evidente encontro aos ideais modernos contratualistas, onde o fenômeno jurídico e ainda o estatal é derivação direta de um ato de vontade – de um contrato – realizado entre indivíduos na justa preocupação de colocar a salvo seu respectivo direito natural. Direito natural este que, longe de derivar do cosmos, da natureza, ou de outra entidade como se dava no jusnaturalismo pré-moderno<sup>160</sup>, justifica-se porque, ontologicamente, pertencente ao indivíduo como particularidade de sua própria existência, independente do plano social em que ele esteja imerso<sup>161</sup>. É exatamente essa perspectiva que haverá de ser sublinhada no próximo item, deitando atenção sobre o pensamento de franceses que abraçaram o paradigma em suas respectivas teorias jurídicas.

### 2.2.1 Durkheim: o direito derivado da solidariedade social

Reconhecendo o paralelo existente entre o mundo vivo e a sociedade, o sociólogo francês reconhece a “lei” (DURKHEIM, 1977, p. 51) da divisão do trabalho como verdadeira lei natural, de forma que não apenas os fenômenos biológicos – por exemplo, a digestão, a respiração etc. – são por ela regidos (ao ser executados por órgão que tenham por

---

<sup>159</sup> Daí ser comum a aproximação feita entre o fenômeno jurídico e a Igreja, o partido político, a corporação de classe, a família etc. Todas elas, percebe-se, são arranjos sociais que, maiores do que os indivíduos, são capazes de ser individuados em sua facticidade para além dos últimos. São verdadeiros, ver-se-á, fatos sociais que se impõem coercitivamente e objetivamente aos homens independentemente de suas respectivas vontades.

<sup>160</sup> Para uma análise pormenorizada sobre o direito natural em autores pré-modernos, veja-se: VILLEY, 2005, *passim*. Em especial, vejam-se autores como Aristóteles – em cujo pensamento não existe a oposição moderna entre o justo ‘natural’ e as leis escritas do Estado – (ibid., 47/54), e Tomás de Aquino (ibid., 131/153).

<sup>161</sup> Na esteira do que fizera o próprio jusnaturalismo laico – e agora pretendendo superar a metafísica que lhe é característica – o positivismo sociológico, malgrado invista em outra metafísica, lança base definitivas para a concepção de um Estado e de um Direito laico (também é forte as preocupações com um ensino público laico), querendo, sob o influxo da defesa da ciência, isolar perspectivas religiosas – tipicamente vistas como metafísicas – das reflexões político-jurídicas.

função<sup>162</sup> realizá-los), mas também as “funções políticas, administrativas, judiciárias” (DURKHEIM, 1977, p. 52) respeitam aqueles mesmos rigores, todos eles a seguir a regra da especificação, onde cada qual executa aquilo no que é especializado.

Cuida-se aqui de uma sociologia organicista, que, olhos voltados à biologia quer enxergar na própria sociedade a dinâmica vital das partes do corpo, as quais, executando sua função, garantem a sobrevivência dele<sup>163</sup>.

Fator que torna a “civilização possível” (DURKHEIM, 1977, p. 68) ou mesmo “condição de existência” das sociedades, essa mesma

<sup>162</sup> Função aqui a significar “a relação de correspondência” existente entre os movimentos vitais dos órgãos e as necessidades do organismo.” (DURKHEIM, 1977, p. 63)

<sup>163</sup> Essa concepção, por seu turno, não é isenta de críticas; ao revés são já conhecidas as certas objeções que lhe foram endereçadas, seja pela posição hermenêutica weberiana, seja por aquela de cunho marxista, para a qual a comparação entre a sociedade e um corpo (talhada de resto no pensamento platônico: a cabeça como representativa do governo; o coração dos soldados; e o estômago dos produtores e comerciantes – PLATÃO. *A República*. trad. Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 85/90) nada mais faz senão ocultar o conflito de classes, servindo-se de uma metafísica platônica [na esteira da conhecida tese dos homens de ouro - capazes estes de comandar -, homens de prata - auxiliares desses -, e homens de ferro e bronze - lavradores e artesãos – (ibid., p. 111)], para dar ensejo a certo conservadorismo. Realmente, tal modelo de explicação acaba por justificar e naturalizar o dado, entendendo como harmonia natural algo que só é capaz de ser explicado por meio de uma análise capaz de enxergar aí um conflito humano entre as classes sociais (MARX. K. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. trad. Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 55/89). A mesma posição vai de encontro ao igualitarismo moderno – afinal, os homens são distintos, e, porque o são, exercem diferentes funções dentro das relações sociais -, o que implica posições geralmente refratárias ao sufrágio universal e ao modelo de representação partidário liberal (importando ainda, quando pintado em cores mais agudas, posturas que não raro servem de “justificações jurídicas do sexismo, do racismo e do expansionsismo europeu”. (HESPANHA, p. 2005, p. 423). Nesse passo, impossível ignorar que essa mesma postura ‘cientificista’ no âmbito das ciências humanas tem reflexos políticos e jurídicos que podem não se ajustar a desenhos completamente democráticos. Isso porque, se o Direito e o Estado passam a ser estudados conforme os rigores de uma verdadeira ciência, tem coerência lógica com tal paradigma a defesa de que a política e o direito sejam postos nas mãos de uma espécie de re-cientista, capaz de bem gerir os homens em suas respectivas funções, numa postura que, paternalista, alinha-se a uma espécie de aristocracia dos cientistas, só esses os capazes de, conhecendo, tomar parte nas deliberações políticas. (HESPANHA, 2005, p. 422). A estrutura partidária – que liga os indivíduos de modo artificial, porque não atenta para a realidade profissional de onde eles advêm – é geralmente substituída por uma representatividade, quando não sindical, ao menos corporativa. De notar que a corporação nada mais é, segundo Santi Romano, senão um ordenamento jurídico. Não é à toa que o mesmo Durkheim, no prefácio à segunda edição de “A Divisão do Trabalho Social” exulta o “papel moral” exercido pela corporação durante a maior parte da história (DURKHEIM, 1977, p. 18), defendendo que, mediante algumas adaptações aos novos tempos, ela, com maior capacidade de estabelecer vínculos entre os indivíduos do que o mero critério territorial, poderia “[...] remediar o mal-estar de que o acréscimo de suicídios, junto, de resto, a muitos outros sintomas, confirma a existência” (ibid., p. 39). Suicídio aqui como reflexo de uma sociedade pouco coesa, um mal de que padece a sociedade (como de um mal pode padecer um corpo vivo qualquer).

divisão social, que implica inegáveis ganhos na produtividade industrial e no mundo das práticas comerciais, enfeixa outrossim um “caráter moral”, porque, especializados os misteres exercidos por cada um dos indivíduos, é ela a real garantidora da coesão social, despertando a solidariedade entre os cidadãos, agora dependentes, em suas especialidades, das especialidades dos outros (DURKHEIM, 1977, p. 79).

De fato, o autor engendra relação direta entre o nível de especialização de uma sociedade (seja a conjugal, seja os grupos mais vastos) e a coesão entre seus membros: quanto mais especializada aquela, mais coesos, visto que dependentes entre si, os seus membros. E - partindo da premissa, como partia Durkheim, de que “[...] a necessidade de ordem, de harmonia, de solidariedade social passam geralmente por morais” (DURKHEIM, 1977, p. 79) - nada mais lógico de que ver na própria divisão do trabalho traços morais.

Essa lei da divisão social do trabalho não é, no entanto, um *quid* ideal, mas algo que se materializa em seus efeitos sensíveis; algo capaz de, segundo as crenças positivistas, ser apreendido de modo objetivo, num desenho autoevidente que dá os contornos de sua existência.

São os clássicos dizeres do autor:

Com efeito, a vida social, por todo lado onde ela exista de uma maneira durável, tende inevitavelmente a tomar uma forma definida e a organizar-se, e o direito não é outra coisa senão esta mesma organização, naquilo que ela tem de mais estável e de mais preciso<sup>164</sup>. A vida geral da sociedade não pode estender-se num certo sentido sem que a vida jurídica para aí se estenda ao mesmo tempo e na mesma proporção. Podemos assim estar certos de encontrar refletidas no direito todas as variedades essenciais da solidariedade social (DURKHEIM, 1977, p. 81).

Se assim é, e se o estudo da solidariedade social, como um fato social<sup>165</sup>, revela a existência de espécies distintas de solidariedades

<sup>164</sup> O paralelo entre direito e organização, note-se, é também estabelecido diversas vezes por Santi Romano, que, como já dito, tem sua perspectiva jurídica – de color institucionalista – neste em outros aspetos inundada por influências positivistas.

<sup>165</sup> Metodologicamente, está aí revelada a razão por que, no estudo da solidariedade social, analisa-se o direito, mas não o costume: é que a solidariedade expressa nest’último, existente embora, não alcançou ainda o *status* objetivo necessário a que fosse feita de objeto de uma real

sociais (adiante destrinçadas), logo se percebe que também o Direito, dela concretizador, pode ser apartado em tipos distintos.

Tais haverão de ser distinguidos, não por força da clássica distinção entre direito público *versus* direito privado – para Durkheim todo o direito é privado porque “[...] são sempre e por todo o lado os indivíduos que se encontram em presença e que agem; mas principalmente todo o direito é público, no sentido em que ele é uma função social e que todos os indivíduos são [...] funcionários da sociedade” (DURKHEIM, 1977, p. 85, grifo nosso)<sup>166</sup> – mas na classificação não menos conhecida que faz apartar o Direito Civil do Direito Penal.

---

ciência. Isto é, “[...] pode haver relações sociais que apenas comportem essa regulamentação difusa que provém dos costumes, mas é porque carecem de importância e continuidade [...] Assim, se pode acontecer de haver tipos de solidariedade social que só os costumes manifestam, são certamente muito secundários, Pelo contrário, o direito reproduz todos aqueles que são essenciais e esses são os únicos que temos necessidades de conhecer”. (DURKHEIM, 1977, p. 82).

<sup>166</sup> Aqui se abre o flanco para outra crítica endereçada ao positivismo tradicional e às concepções jurídicas que lhe seguem os traços: é que - sendo o direito produto da harmonia social, sendo ele o espelho das leis que surgem da atuação dos indivíduos em suas respectivas funções - nada há que lhes assegure um mínimo perante esta mesma ‘sociedade’, de forma que ele próprio, em sua individualidade, passa a anular-se diante do todo social. Seus direitos, então, passam a ser encarados como instrumento de algo maior, dessa solidariedade que, no limite, é garantida pelo Estado, cujo poderio, então, passa a desconhecer limites na proteção dessa suposta harmonia. Ou seja, se o direito do indivíduo não é senão um *quid* que representa algo maior – a “harmonia social” ou o “equilíbrio da sociedade” -, e se estas são garantidas pelo próprio Estado, logo se vê que o indivíduo passa estar destituído de direitos perante o ente estatal. De rememorar, por exemplo, o que se passa em Santi Romano, para quem, inexistente “um verdadeiro e próprio direito de resistência” (ROMANO, 1977, p. 162) o Estado é a “instituição máxima” (Id., 2008, p. 222). Hespanha, nesse passo, consigna que o sociologismo “acaba por atribuir à lei a categoria de fonte última e decisiva do Direito” (HESPANHA, 2005, p. 425). É, aliás, esse o aspeto da obra dos positivistas sociológicos que será mais tarde sublinhado, em grossas tintas, por Carl Schmitt, teórico cujas idéias se ajustavam à ideologia nazista. Sobre est’último pensador, veja-se o todo o tópico 3.1 da presente obra. O Brasil recebeu também esse tipo de influência, vista na pena do então jovem Miguel Reale ao propor, em matéria de representação política, que as corporações tomassem o lugar dos partidos, sob o fluxo de forte crítica, encontradíssima também em Carl Schmitt (veja-se item 3.1.1 do presente), ao modo liberal de institucionalizar-se a política, então em opúsculo atravessado por desabridos viés ideológico: REALE, Miguel. ABC do Integralismo. in REALE, M. **Obras Políticas. 1. Fase – 1931/137**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1983, p.155/222. Em especial os Capítulos nominados “A comédia eleitoral” (Op., Cit. 185/192), como ainda “Em lugar dos Partidos as Corporações” (ibid., p. 193/205), onde se lê em passagem assaz eloquente: “povo não é ajuntamento, encontro causal de pessoas, mas é entrelaçamento permanente de atividades, consciência comum de querer. Povo, portanto, é organismo com órgãos diferenciados, cada qual com suas funções, sendo todas complementares. As atividades se combinam para saúde geral do corpo. Para o povo ser representado, é indispensável que se constituam livremente – dentro do Estado e não contra ele ou à revelia dele – as associações profissionais”. (ibid., p. 196/197, grifo nosso).

O fator de *descripen*, então caracterizado o preceito jurídico como “uma regra de conduta sancionada” (DURKHEIM, 1977, p.85)<sup>167</sup>, passa a ser a natureza dessa sanção: se punitiva – com a finalidade de penalizar o agente –, está-se perante norma de natureza penal; se restauradora do *statu quo ante*, isto é, meramente recompositora das relações havidas antes da ação do agente, depara-se com preceito civil – categoria que engloba também o direito comercial, processual administrativo e constitucional.

No estudo da espécie de solidariedade que vem a ser materializada pelo direito penal, o autor passa a estudar o objeto por sobre o qual est’último deita atenções, isto é, o crime, porque é justamente ele quem ofende os laços de solidariedade revelados pelo direito repressivo. E, lançando mão de comparações metodológicas com a biologia<sup>168</sup>, o autor chega a conclusão de que crime é aquela omissão/ação que “ofende sentimentos que, para o mesmo tipo social, se encontram em todas as consciências coletivas<sup>169</sup>” (DURKHEIM, 1977, p. 91), ou seja, é todo ato que vai de encontro a concepções pertencentes a todos os partícipes de determinado organismo social<sup>170</sup>.

<sup>167</sup> De notar que o antiformalismo, na esteira do que já sucede com o próprio Santi Romano, não chega ao ponto de negar a norma, mas de trazê-la para dentro da reflexão jurídica. A propósito, o próprio autor faz da sanção, como o próprio Kelsen, elemento constitutivo do direito mesmo, passo esse jamais dado pelo autor italiano.

<sup>168</sup> São reiteradas as comparações entre corpos vivos e a sociedade: DURKHEIM, 1977, p. 88, 102.

<sup>169</sup> Eis aí outra evidência de como se faz sociologia apoiado em fatos sociais, segundo o modelo durkheimiano: “o conjunto de crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem sua vida própria; pode-se designá-lo por consciência coletiva ou comum” (DURKHEIM, 1977, p. 98). Veja-se que ela, a consciência coletiva, não é algo individual, não pertence aos cidadãos em si, mas algo que, como os fatos sociais, parte deles e se torna objetivo, como que independente das consciências individuais.

<sup>170</sup> Não é, aliás, de outro modo que o autor há de justificar o *Nemo censetur ignorare legem* no particular penal: a ignorância da lei penal não justifica sua infração justamente, porque os valores/sentimentos protegidos pelo Direito Penal são de todos conhecidos e a todos pertencem. É por isso ainda que, segue o autor, o direito penal limita-se a estabelecer os hoje chamados preceitos primários sem prever as obrigações que dele decorrem. Outrossim, a lei penal não menciona a obrigação de manutenção/conservação da vida (que, de resto, se encontra imanente em todas as consciências), mas apenas diz que, matando, o agente haverá de sofrer tais ou quais penalidades. Por fim, este estado da difusão social de tudo quanto defendido pelo direito penal também vem comprovado pelo grau igualmente espraído dos órgãos responsáveis pelo funcionamento da justiça repressiva, presente, por exemplo, no júri, onde são os cidadãos comuns, iguais ao acusado, os responsáveis pelo juízo condenatório a ser imposto. E o são exatamente porque, cuidando a matéria penal daquilo que se encontra em cada um dos indivíduos pertencentes a uma mesma sociedade, os sentimentos coletivos podem ser facilmente canalizados por aquele meio.

Essas concepções reinantes – percebe-se certo ‘historicismo’ na presente reflexão<sup>171</sup> - não dizem com uma racionalidade a-histórica, nem trazem consigo os contornos de valores absolutos advindos de um *a priori* metafísico, mas, concedendo o autor que se pode tratar de irracionalismos, são “[...] produto o desenvolvimento histórico [...trazendo consigo...] a marca das circunstâncias de toda a espécie que a sociedade atravessou em sua história [...]” (DURKHEIM, 1977, 127), sem que fosse possível, como proposto pelos utilitaristas, querer ajustar tal alinhavo coletivo – e por consequência o direito penal – a nenhum fim de utilidade.

Mas, percebe o sociólogo, não é a ofensa a qualquer sentimento coletivo que pode ser caracterizada como crime, mas só aquela que não só vai de encontro a sentimentos fortemente gravados na consciência coletiva [sem que haja vez aí para “veleidades hesitantes e superficiais, mas emoções e tendências que estão fortemente enraizadas entre nós” (DURKHEIM, 1977, p. 96)],<sup>172</sup> como ainda desrespeita sentimentos precisos no campo sempre do “fazer” ou “deixar de fazer” algo<sup>173</sup>.

Sem desconhecer que também é delituoso o proceder que conspurca órgãos/símbolos da “consciência comum”<sup>174</sup>, encontra-se justificada, pois, a fórmula resumida conforme a qual “um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva.” (DURKHEIM, 1977, p. 99).

Ao preocupar-se com o crime, o Direito Penal, então, faz descortinar exatamente um tipo de solidariedade, que é exatamente esta:

coesão social cuja causa se encontra em certa conformidade de todas as consciências particulares a um tipo comum, que não é outro senão o tipo psíquico da sociedade. Assim, nestas condições, não só todos os membros do grupo são

<sup>171</sup> Aqui também se percebe o claro diálogo antimetafísico existente entre o autor e a concepção exposta em *L'Ordinamento Giuridico*.

<sup>172</sup> Daí a dificuldade na alteração da legislação penal, em absoluto descompasso com a rapidez com que se modifica o direito civil.

<sup>173</sup> Veja-se que, em Durkheim, a moral, verdadeiro *minus* em relação ao direito, não conta nem com esses sentimentos pontuais – cuida-se sempre de impressões fluidas e incertas -, nem com prescrições claras – trata-se de injunções carregadas, sempre, de subjetivismo, como o comando que estipula “deve-se ser piedoso” ou “deve-se ter recato”.

<sup>174</sup> Incluindo no conceito de crime a conduta que se volta também em desfavor da autoridade, de algum modo transcendente, que encarna tais valores protegendo-os, veja-se DURKHEIM, 1977, p. 101/104.



individualmente atraídos uns para os outros, pois que se assemelham, mas também se encontram vinculados àquilo que é condição de existência deste tipo coletivo, isto é, à sociedade que pela união eles constituem (DURKHEIM, 1977, p. 125).

Eis aí o conceito da solidariedade mecânica ou por similitude<sup>175</sup>, utilizada pelo autor para definir o direito penal, que a exprime, protegendo a coesão social garantida por determinados valores e crenças.

Se a sanção de que se vale o direito penal é aquele que proporcionalmente melhor pune o indivíduo que investe contra os sentimentos gravados na consciência social, a sanção do direito privado é dela bastante distinta: longe de apenas sujeitar-se ao talante privado dos envolvidos – expressa-se Durkheim: “o direito é em primeiro lugar coisa social que tem um objeto muito diferente do interesse dos privados” (DURKHEIM, 1977, p. 134) –, o que ela pretende é, submetendo est’últimos aos rigores legais, restabelecer o estado ilicitamente alterado por força de ação/omissão do agente<sup>176</sup>.

É, pois, a força restituidora das sanções privadas, que se move não só para além da mera proteção de interesses individuais como ainda por cima do só voluntarismo, já que, atrás da vontade do agente, o que existe é a sociedade, é a força social que, desenhada com contornos jurídicos, submete o contratante aos hígidos termos a que se vinculara<sup>177</sup>.

<sup>175</sup> Assim designada “apenas por analogia com a coesão que une entre si os elementos dos corpos brutos, por oposição à que faz a unidade dos corpos vivos”. (DURKHEIM, 1977, p. 152)

<sup>176</sup> Nesse passo, longe de estar coligada a sentimentos a todos pertencentes, o direito civil diz com aspetos restritos da vida dos indivíduos, isto é, incide pontualmente em partes restritas e especiais da sociedade ligadas entre si, o que, na ideia do autor, justifica, por exemplo, a especialização dos órgãos – Tribunais e Conselhos – responsáveis pela solução de conflitos de direito civil.

<sup>177</sup> Note-se, para além o anti-individualismo, o corte antivoluntarista da perspectiva do autor francês em passagem que, por exemplo, estaria mui confortável na pena de Santi Romano: “não se deve esquecer que se o contrato tem o poder de vincular, é a sociedade que lho comunica. [...] Todo o contrato supõe, portanto, que atrás das partes que se comprometem a sociedade esteja inteiramente pronta a intervir para fazer respeitar os compromissos tomados” (DURKHEIM, 1977, p. 134-135). Presente aí posição que faz arrefecer os individualistas traços com que desenhado o Direito Moderno. Nesse sentido é que se pode entrever nas ideias dessa escola positivista o cenário, mais tarde aquilatado pelo Estado Social, limitador de quadros liberais mais desenfreados (Grossi, comentando esse momento histórico, faz referência a fermentos sociais “*certamente non socialistici, qualificabili piuttosto come solidaristici.*” (GROSSI, 2007, p. 190). A proposta ligada a uma “harmonia social” limitadora da vontade

Se o autor distingue em duas espécies a solidariedade protegida pela sanção civil – uma negativa, que tenciona separar as pessoas “uma das outras, assinalando nitidamente os limites que as separam” (DURKHEIM, 1977, p. 140)<sup>178</sup> e outra, de color positivo, onde se encaixam, entre outros, o direito das obrigações, em especial o contrato (onde o que há são compromissos nascidos de concessões mútuas) –, é inegável que, destituída a primeira de algo de específico, é sobretudo sob a segunda que o autor há de voltar suas atenções, sublinhando a relação dela com a divisão social do trabalho.

Com efeito, é nessa parte do Direito Civil – direito contratual – que a relevância da divisão social do trabalho vem mais às escâncaras revelada, já que, nela, os atuantes, mediante mútuas concessões, concertam vantagens recíprocas, estabelecidas no que toca a tarefas especiais de parte específica de suas respectivas vidas, absolutamente distante da consciência comum atuante, por exemplo, no Direito Penal.

Aqui – ao contrário do que se passa na solidariedade por similitude, onde a consciência coletiva está em destaque diante da consciência individual (est’última está como que abraçada por aquela) – o que há de ter relevância é o sentido individual, próprio e específico de cada qual, que, atuante em sua determinada zona dentro da divisão do trabalho, diferencia-se dos demais, consequência esta última que o torna, num segundo sentido, também dependente de seus concidadãos.

Quanto ao nome dessa espécie de solidariedade, a analogia feita pelo autor é por si explicativa:

Esta solidariedade assemelha-se à que se observa nos animais superiores. Cada órgão tem aí efectivamente a sua fisionomia especial, a sua autonomia e, deste modo a unidade do organismo é tanto maior quanto mais acentuada for essa individuação das partes. Em virtude dessa analogia, propomos designar de orgânica a

---

individual, outrora posta na base na construção do Estado o do Direito, é fator que sem dúvida colabora na proteção jurídica de parcelas sociais tradicionalmente desprotegidas no paradigma liberal, como por exemplo, os trabalhadores, então expostos, sob o mito da vontade livre, a contratar sua respectiva força de trabalho em condições absolutamente desumanas. Tais reflexos, contudo, devem ser ponderados com a reflexão de que se cuida de posição, d’um lado, conservadora e, d’outro, paternalista, porque, fazendo derivar conquistas sociais de uma harmonia social naturalizada, reduz horizontes do palco político, limitando seu debate a um quadro fechado que necessariamente tem como pano de fundo a ordem.

<sup>178</sup> Está-se aqui perante os direitos reais e outras relações jurídicas derivadas ou excepcionais, como por exemplo, as oriundas do exercício de direitos reais, ou ainda as que têm origem em delito. Para uma análise em pormenor, veja-se: DURKHEIM, 1977, p. 140.

solidariedade devida à divisão do trabalho (DURKHEIM, 1977, p. 153).

É então que a explicação sociológica do direito feita por Durkheim fecha-se: materializando as duas modalidades de solidariedade – decorrente esta última da lei da divisão do trabalho – o fenômeno jurídico, composto, sim, de uma face normativa, expressa algo que remonta necessidades intrínsecas à própria sociedade, que, como um ser vivo, traz dentro de si órgãos específicos com específicas funções, tudo a bem da sua própria sobrevivência.

### 2.2.2 A concepção de Duguit

Jurista com preocupações acadêmicas voltadas ao direito público – professor de Direito Constitucional em Bordeaux -, Leon Duguit (1859/1928) é autor que, como se dá com o próprio Santi Romano na Itália, faz parte do grupo de pensadores que em França é responsável pela criação técnica do Direito Público, o qual, a partir de então, há de ser encarado de modo distinto em relação a outros ramos não jurídicos – como a ciência da administração e a própria política<sup>179</sup>.

Neste seu empenho, porém, Duguit não se limita à sistematização das decisões tomadas pelas Cortes Administrativas Francesas – em Especial pelo Conselho de Estado<sup>180</sup> – como forma de empreender suas investigações; ao revés, o autor parte mesmo para a caracterização geral do Direito, e, tomando de empréstimo a noção de solidariedade social de Durkheim<sup>181</sup>, faz engendrar suas próprias concepções jurídicas.

<sup>179</sup> Terra em que os Tribunais competentes para análise do contencioso administrativo (inexistentes na Itália de Orlando) ajudaram na sistematização de um direito público com rigores distintos daquele de color privado (oriundo est'último da tradição romanista), em França os esforços para formação de um Direito Público – então constituído segundo rigores científicos, apartado de intromissões advindas de outros ramos do conhecimento – podem ser analisados in BORDEAU. F. **Historie Du Droit Administraif**. Paris: PUF, 1995, p. 324/348.

<sup>180</sup> A fim de preservar a separação de Poderes, em França as decisões de natureza administrativa tomadas pelo Executivo não são sindicáveis pelo Judiciário, como se dá no Brasil. Lá o que se dá é a submissão de decisões daquela índole a uma Corte de Juízes especializados, distinta do Judiciário, a qual tem como seu órgão Máximo o Conselho de Estado.

<sup>181</sup> Referindo-se expressamente à obra de Durkheim, Divisão do Trabalho Social, Duguit chega mesmo a afirmar que aquele “esgotou o assunto”, capazes que são as conclusões da obra de desafiar “toda espécie de contestação”. (DUGUIT. L. **Fundamentos do Direito**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004, p. 91). As referências ao pensamento de Durkheim

Situando-se, então, como um crítico da doutrina individualista do Direito – de rigores que, a despeito de terem limitado o poderio Estatal, são anticientíficos porque abstratos e idealizados<sup>182</sup> –, o autor, partindo da verificação “positiva”<sup>183</sup> de que o homem vive e sempre viveu em sociedade, faz fundamentar o Direito “no caráter social e nas obrigações sociais do homem” (DUGUIT, 2004, p. 20) – já aí se mostra, num primeiro momento, a aproximação entre o autor francês e Romano.

Realmente, se o homem sempre viveu em sociedade, o fundamento do Direito não pode ser outro senão as próprias injunções sociais decorrentes desse seu estado: Duguit quando se reporta ao “homem natural” refere-se, em contraposição às concepções liberais, ao homem submetido às rédeas da solidariedade social. Por isso, ao elemento “liberdade”, tão caro à proposta moderna, passa a ser contraposto o elemento solidariedade/interdependência, como forma de apontar para os laços a que submetido o homem por sua incontornável natureza social.

É diante desse laços inescapáveis em que está envolvido o homem, que Duguit expõe sua conhecida fórmula da regra de direito:

---

acompanham outras obras de Duguit: DUGUIT, L. *Il Diritto Soggettivo e La Funzione Sociale*. In: Id., **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**, a cura di Angusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappuchelli Editore, 2003a. p. 127/8, onde declara que a divisão social, estudada cientificamente, é um *fatto stesso della vita sociale*. Para uma análise em pormenor da exata medida em que Duguit apropria-se do pensamento de Durkheim, consulte-se: Id., *La Solidarietà Sociale*. in: Id., **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**, a cura di Angusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappuchelli Editore, 2003b. p. 59/92.

<sup>182</sup> Aqui o traço positivista de rejeição à metafísica faz-se evidente. Como se faz também na investigação do autor sobre o tema da Soberania. Com efeito, Duguit lança descrédito sobre as posições modernas que tratam da temática (Rousseau é mencionado como expositor de uma série “ininterrupta de sofismas e erros” (DUGUIT, L. *Il problema dello Stato: La Soluzione Metafisica e il concetto di Sovranità*. In: Id., **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**, a cura di Angusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappuchelli Editore, 2003c. p. 175). Debatendo-se contra “entidades metafísicas”, “talismãs capazes de tudo explicar”, ou mesmo contra “mistérios assimiláveis tão-só ao da trindade divina no dogma cristão” – em comparação, ver-se-á, talhada mais adiante por Carl Schmitt (DUGUIT, 2003c, 174/177) –, o autor revela sua concepção realista de Soberania, para a qual revelando tal conceito um poder uno, indivisível, independente, inalienável, e imprescritível, tudo se passa ao nível da força material, da irresistível força de coação, da potência material do Estado sobre algo/alguém.

<sup>183</sup> A crítica aos modelos explicativos de que lança mão a Modernidade para justificar o Estado, também ela é forjada sob considerações de traços positivistas (aí endereçadas a Rousseau e Hobbes): “é um círculo vicioso explicar a sociedade pelo contrato [...]. Ainda que houvesse um contrato tácito entre todos os membros do corpo social, nem por isso nasceria dele uma vontade geral e comum e um *eu comum*. Pelo contrato social, os membros de certa comunidade querem a mesma coisa; mas nada prova que desse concurso de vontades nasça uma vontade distinta das vontades individuais concorrentes” (DUGUIT, 2004, p. 42, grifo no original).

Nada fazer que atente contra a solidariedade social sob qualquer das suas formas e fazer tudo o que for de natureza a realizar e a desenvolver a solidariedade social mecânica e orgânica. Todo o direito objetivo<sup>184</sup> se resume nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima, deverá ser a expressão, o desenvolvimento ou a execução deste princípio (DUGUIT, 2004, p. 25).

Daí entender-se o caráter, d'um lado, socialista, e, d'outro, realista do pensamento de Duguit: “realista porque se funda sobre o fato da função social, observado e verificado diretamente; socialista, porque se apóia sobre as mesmas condições da vida social”<sup>185</sup>. Bem assim, é desse modo que se compreende o que significa a função social dos direitos na obra do jurista francês: ora, se o Direito, longe de ser esse *quid* que o indivíduo traz consigo essencialmente, é regra ditada pelo arranjo social em que ele encontra-se imerso, nada mais lógico do que limitar esse exercício do direito, seja ele exercido pelo indivíduo seja pelo Estado, aos rigores das necessidades sociais.

O exemplo, do próprio autor, diz com o direito de liberdade – natural, como anotado, segundo a concepção kantiana –, o qual passa a ser legitimamente exercido somente quando em compasso com o dever social de desenvolvimento para fins de realização da missão social que cada um possui.

Entendido em suas mais diversas direções - liberdade individual, religiosa, de imprensa, de expressão e de reunião – tal direito, somente quando revisitado por novos rigores, poderia explicar as novidades jurídicas de então, como as obrigações relativas ao particular, por exemplo, previdenciário e trabalhista. Essa nova realidade só viria devidamente justificada, assim pensava Duguit, se a liberdade fosse entendida não como um direito inato, mas como consequência de uma

---

<sup>184</sup> *Nota bene*: esse regramento – de significado plural, bem se sabe – vai de encontro não só ao caráter imutável do direito natural revolucionário (alteradas as exigências sociais necessárias à manutenção da estrutura social, certamente o próprio Direito haveria de modificar-se), como ainda contrasta com a superioridade concedida pela Modernidade ao direito subjetivo diante do objetivo (é a pretensão de defesa de direitos naturais que, para os revolucionários franceses, funda e legitima o Direito Estatal). Em Duguit est’última relação inverte-se: é o direito objetivo que limita o direito subjetivo, o qual só encontra fundamento se respaldado por aquele. Adiante, menciona-se como o direito de liberdade e a própria propriedade só podem ser exercidos nos limites, espelhados no direito objetivo, das injunções sociais.

<sup>185</sup> Tradução livre de: “*realista perché si fonda sul fatto della funzione sociale, osservato e constatato direttamente; socialista, perché poggia sulle condizioni stesse della vita sociale*” (DUGUIT, 2003b, p. 127).

obrigação, de que todos são sujeitos passivos, consistente no dever de desenvolvimento físico/intelectual/moral da maneira mais completa possível, com o propósito de cooperar para o melhor da solidariedade social. Em passagem assaz marcante são as palavras do autor:

o homem não tem direito de ser livre em tudo; tem o dever social de agir, de desenvolver sua individualidade e cumprir sua própria missão social. Ninguém pode opor-se à ação realizada no âmbito deste plano, desde que, é claro, tais atos não tenham como resultado danos às liberdades alheias. O Estado não pode fazer nada que limite a atividade humana exercida tendo em vista deste objetivo<sup>186</sup>; deve proteger todos os atos que tendem a fazer isso e suprimir e punir todos aqueles que se opõem<sup>187</sup>.

Desta forma, também a proteção especial dada aos trabalhadores – limitação de carga horária, repouso semanal etc -, somente há de ser compreendida em seus exatos rigores se se tiver em mente que, para além da mera liberdade contratual, o que está em jogo nesse particular, mais do que própria proteção individual do trabalhador perante o tomador de serviço, é a tutela do “valor social representado pela vida humana”<sup>188</sup> certamente comprometida com péssimas condições de trabalho.

---

<sup>186</sup> Veja-se, pois, que a garantia dos indivíduos contra o Estado passa a ser não o valor humano neles mesmo compreendido, mas algo que lhes é exterior: a execução de sua função social. Como já dito, é esse o flanco utilizado por concepções mais autoritárias para fazer concreto seus desígnios: a utilização retórica dessa “função social”, desse bem estar/saúde do corpo social para, dessa forma, desconsiderar de todo o humano em sua individualidade.

<sup>187</sup> Tradução livre de: “l'uomo non possiede affatto il diritto di essere libero; ha il dovere sociale di agire, sviluppare la sua individualità e realizzare la propria missione sociale. Nessuno può opporsi agli atti che compie nell'ambito di questo disegno, a condizione, beninteso, che tali atti non abbiano per esito di nuocere alla libertà altrui. Lo Stato non può fare niente che limiti l'attività dell'uomo esercitata in vista di questa finalità; deve proteggere tutti gli atti che tendono a tale scopo e reprimere e punire tutti quelli contrari”. DUGUIT, 2003b, p. 133, grifo nosso).

<sup>188</sup> Tradução livre de: “*valore sociale rappresentato della vita umana*” (DUGUIT, 2003b, p. 138). Também na proibição do suicídio – endereçada evidentemente aos cúmplices e partícipes – estaria em jogo a tutela da vida humana, caso em que o autor cita a própria legislação brasileira, que pune atuações de apoio e exortação a tal prática, como exemplo. (DUGUIT, 2003b, p. 134)

O mesmo se dá com a propriedade, que, longe de ser o direito natural lockeano<sup>189</sup>, passa a ser um direito cujo exercício só se justifica à medida que esteja em acordo com sua função<sup>190</sup>.

Anotando que a moderna concepção de propriedade – como direito individual, subjetivo e absoluto – “encontra-se extraordinariamente em dificuldade, quando não definitivamente condenada”<sup>191</sup>, Dugit reflete sobre poder do Estado de intervenção frente a posturas de ‘proprietários’ reticentes na obediência às necessidades sociais, esclarecendo que, distante de ser algo intangível, a propriedade é direito mutável, que se amolda às exigências a que todo e qualquer direito visa a responder, na exata premissa de que “se chega um momento em que a propriedade individual não responde a uma necessidade social, o legislador deve intervir para organizar uma forma alternativa de apropriação da riqueza”<sup>192</sup>.

Quanto ao realismo do autor, já indicada sua posição acerca da soberania, basta deitar atenções sobre o que ele entende ser o Estado para perceber a repulsa a entendimentos mais idealizados, na mesma esteira, aliás, de Romano.

Com efeito, consequência da diferenciação política<sup>193</sup> – quando se consegue determinar numa sociedade um corpo de governantes (autoridade política) e outro de governados, já então é possível entender existente o Estado, esteja-se numa tribo indígena, esteja-se em uma

---

<sup>189</sup> “Assim, esta lei da razão torna o veado propriedade do índio que o matou; permite-se que pertençam os bens aqueles que lhes dedicou o próprio trabalho, embora anteriormente fossem comum a todos”. (LOCKE, 1978, p. 46, grifo nosso). De fato, “o objetivo grande e principal, portanto, da união dos homens em comunidade, colocando-se eles sob governo, é a preservação da propriedade”, com a devida ressalva semântica sobre o que seja propriedade: “não é sem razão que procura de boa vontade juntar-se em sociedade, com outros que estão já unidos, ou pretendem unir-se, para mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chamo propriedade” (Ibid., p. 82, grifo nosso). Concepção est’última – a entender a propriedade como direito natural – abraçada pela Declaração de 1789 cujo artigo 17 prescrevia *La propriété étant un droit inviolable et sacré*.

<sup>190</sup> Sintomático que, neste momento, Duguit valha-se de citações literais de Comte e Hauriou. (DUGUIT, L. Lo Stato e il Diritto: La proprietà. in: id., **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**. a cura di Angusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappichelli Editore, 2003d, p. 214/15).

<sup>191</sup> Tradução livre de: “*si trova straordinariamente in difficoltà, se non ancora definitivamente condannata*” (DUGUIT, 2003d, p. 218).

<sup>192</sup> Tradução livre para: “*se giunge un momento in cui la proprietà individuale non risponde più ad una esigenza sociale, il legislatore deve intervenire per organizzare una forma alternativa di appropriazione delle ricchezze*” (DUGUIT, 2003d, p. 214).

<sup>193</sup> Como bem anotado por Hespanha, já aí – na distinção entre governados e governantes – vê-se presente a “lei geral da divisão de tarefas e da solidariedade social. A função dos governantes é justamente a de impor a ordem, uma ordem destinanda a manter a aperfeiçoar a solidariedade social” (HESPANHA, 2005, p. 416).

“grande sociedade européia” (DUGUIT, 2004, p. 32) -, o poder político enfeixado pelo Estado não tem, em si, nenhuma legitimidade, sendo para o autor vã a tentativa filosófica de pretender encontrar contornos ontológicos no poder estatal – Duguit insiste no fracasso das teorias que pretendiam dar uma justificação filosófica ao poder político<sup>194</sup>.

Severo crítico da justificação teocrática do poder estatal – cujos rigores apelavam para instâncias inacessíveis ao conhecimento científico -, Duguit também se mostra refratário à legitimidade democrática de que gozam os governantes - aponta ele para a necessidade de afirmar o direito intangível do indivíduo “contra o despotismo dos parlamentos” (DUGUIT, 2004, p. 40) -, sem enxergar relação entre o critério majoritário de decisão e sua superioridade política: “não se demonstra nem se pode demonstrar que uma maioria possua legitimamente o poder de impor sua vontade, mesmo quando esta maioria fosse a unanimidade menos um” (DUGUIT, 2004, p. 43)<sup>195</sup>.

Descrente, assim, tanto da legitimação teológica quanto da democrática<sup>196</sup>, o autor expõe o poder político – a ênfase do pensamento de Duguit, mais do que ao Estado, é endereçada aos governantes<sup>197</sup> - em sua mais crua faceta (sempre na busca de extirpar a metafísica<sup>198</sup> das investigações teóricas):

<sup>194</sup> DUGUIT, L. La concezione Realista dello Stato. in: Id., **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**. a cura di Angusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappuchelli Editore, 2003e, p. 185/187).

<sup>195</sup> A transmutação da soma das vontades individuais para a vontade geral é vista como “puro sofisma” (DUGUIT, 2003e, p.181), carente de prova, ainda, a circunstância subilhandia por Rousseau conforme a qual, representando as vontades individuais, a vontade geral, ao ser obedecida, somente faz com que, em verdade, os indivíduos submetam-se a si mesmos.

<sup>196</sup> O autor insiste em que, qual se dá com o direito divino, também expressões como ‘vontade geral’, ‘representação da nação’ não passam de “sofismas com que os governantes querem enganar seus súditos e se enganam a si mesmos (DUGUIT, 2004, p. 49). Todas elas, diria Romano, não passam de mitologias jurídicas. A descrença do autor francês transporta-se ainda para conceitos como “Estado Pessoa” e seus tantos “direitos subjetivos”, construções todas “freqüentemente artificiosas e vãs” (DUGUIT, L. La Crisi dello Stato Moderno. Dialogando con Woodrow Wilson. in: Id., **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**. a cura di Angusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappuchelli Editore, 2003f, p. 227). De sublinhar pontualmente a semelhança de título entre o texto do autor francês ora mencionado e a já comentada palestra de Santi Romano, ambas a apontar para a crise do Estado Moderno. No texto (DUGUIT, 2003f, p. 236/238) como ademais em tantas outros escritos de Duguit – (DUGUIT, 2004, p. 43; DUGUIT, 2003c, p.174/175; DUGUIT, 2003e, p.182/184) -, o que se vê são severas críticas às posições de Rousseau, tidas como abstratas e metafísicas.

<sup>197</sup> É na pessoa dos governantes que o Estado – mera abstração – materializa-se. A realidade passível de estudo positivo, pois, somente pode ser os governantes, jamais a figura, para Duguit meramente abstrata, do Estado. (DUGUIT, 2003e, p. 198/200).

<sup>198</sup> “Quero dizer com noção metafísica qualquer noção que envolva alegação não é verificada por observação direta dos sentidos. Pode-se acreditar fervorosamente nelas [...neessas doutrinas incapazes de ser objeto de verificação...], e eu respeito profundamente tais crenças, mas elas



Em todos os grupos sociais que se qualificam de Estado, os mais primitivos e os mais simples, os mais civilizados e o mais complexos, encontra-se sempre um fato único: indivíduos mais fortes do que outros, que querem e podem impor sua vontade aos restantes [...] Assim, em todos os países e em todos os tempos, os mais fortes, materialmente, religiosamente, economicamente, moralmente, intelectualmente ou numericamente, quiseram e conseguiram impor de fato sua vontade aos outros. Os governantes eram sempre, são e serão sempre os mais fortes de fato. (DUGUIT, 2004, p. 48).

Não que os governantes enfeixem o poder de tudo poder fazer conforme sua vontade, afinal também eles, como os privados, estão submetidos à regra de direito, isto é, também o poderio deles somente se justifica à medida que esteja em conformidade com a solidariedade social (DUGUIT, 2003e, 202)<sup>199</sup>. Todavia, o que o autor pretende sublinhar é que, em si, nenhuma vontade – individual ou coletiva, majoritário ou minoritária – traz consigo a prerrogativa de poder-se impor a quem quer que seja, restando ao jurista a verificação de que, neste passo, se está perante uma mera questão de poder de fato, de imposição da vontade de alguns por sobre a de outros<sup>200</sup>.

---

não se podem apresentar como doutrinas positivas. Elas podem ser objeto de um ato de fé, mas não o podem ser uma proposição científica”. Tradução Livre de: “*j’entends par notion métaphysique toute notion impliquant une affirmation qui n’est pas vérifiée par l’observation directe des sens. on y peut croire ardemment, et je respect profondément ces croyances; mais on ne peut pas les enseigner comme doctrines positivistes. elles peuvent être l’objet d’un acte de foi; elles ne peuvent être celui d’une proposition scientifique*” (DUGUIT, L. **Souveraineté et Liberté**. Paris: Félix Alcan, 1922, p.21).

<sup>199</sup> Com Billier (BILLIER et al, 2005, p.318/319), de registrar, outrossim, o papel relevante que o Estado tem na obra de Duguit. É que, assinala o próprio, o desenvolvimento por que as sociedades passaram no transcorrer do tempo faz por exigir dos governantes, a bem da interdependência social, o cumprimento de obrigações e a prestação de serviços cada vez mais diversificados e constantes. Daí o papel importante da categoria “serviço público”, utilizada ainda para definir o próprio direito Administrativo. (DUGUIT, 2004, p. 78). Para uma investigação pormenorizada do papel do serviço público nas concepções de Duguit, consulte-se ainda: DUGUIT, L. Il Servizio Pubblico: Perché Scompare il Sistema di Diritto Pubblico Fondato Sulla Nozione di Puissance Publique? in: Id., **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**, a cura di Angusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappichelli Editore, 2003g, p. 243/269.

<sup>200</sup> Essa visão crua do poder político, impossível deixar de notar, alinha-se muito bem ao próprio momento histórico francês da época de Duguit (1859/1928), caracterizado pela mais desabrida instabilidade política típica da Segunda (1858/1852) e Terceira República Francesa

Esse realismo no enfrentamento das temáticas político-jurídicas também é verificado quando o autor passa a analisar a origem da sociedade, entendida então como agrupamento derivado, não de uma deliberação racional, mas de fatos gerais e espontâneos, de costumes e tradições que, nem sempre derivadas de um impulso utilitário racionalizado, constituem as instituições políticas em acordo com as tendências e necessidades sociais (DUGUIT, 2003f, p.227).

Explicado, pois, o significado do teor realista e socialista do pensamento de Duguit, é fácil, então, perceber como ambos os autores – o francês ora destrinchado e Santi Romano – dialogam em suas respectivas concepções positivistas do direito. A despeito da discordância indicada pelo próprio Romano em relação às idéias do professor de Bordeaux<sup>201</sup>, logo se vê a relação entre juristas, nos traços gerais com que cada um deles desenhou suas respectivas teorias do Direito: a absoluta renúncia a uma concepção meramente individualizante do Direito arranjadas por meio de expressões e conceitos mitológicos e pouco explicativos; a reserva com que ambos tratavam posições abstratas e meramente formais do fenômeno jurídico; o entendimento de que a norma estatal seja apenas um momento secundário do Direito (consequência que ela é de um fenômeno social que lhe dá legitimidade); o corte radicalmente sociologizante da concepção jurídica defendida.

Em certa crítica às posições liberais derivadas da Revolução de 1789, o positivismo de ambos os autores fã-los absolutamente refratários a doutrinas fundadas em expedientes, menos do que em fatos observáveis, derivados tão-só de elocubrações – como já anotado, são

---

(1870 até meados do Século XX), interpoladas que estiveram pela segunda Império (1852/1870), de que peça principal o sobrinho de Napoleão, Luís Napoleão Bonaparte.

<sup>201</sup> O autor italiano (ROMANO, 2008, p. 153) contrapõe-se expressamente à posição de Duguit no que tange à controvérsia, então existente, acerca do contrato coletivo de trabalho e suas peculiaridades (à época ditas relações jurídicas, ignoradas em suas peculiaridades, eram tratadas como mera contratação de mão de obra sob os influxos genéricos do Direito Civil), inexistente ainda um verdadeiro e próprio Direito do Trabalho. Cuida-se especificadamente da eficácia dos contratos coletivos de trabalho havidos entre empregador e tomador de serviço em relação aos futuros trabalhadores contratantes (cuja vontade, de fato, não participara do concerto de vontades gerador da avença coletiva firmada). Duguit, assim o diz Romano, defende a aplicação dos termos contratados, qual se fosse um *lex*, também aos trabalhadores futuramente contratados, ao passo que Santi Romano, a despeito de reconhecer ser essa a tendência dos teóricos no particular, nega tal posição, aquiescendo, todavia, com que se esteja, olhos voltados à relação coletiva envolvendo patrões e empregados, diante de um verdadeiro ordenamento jurídico. Este - existente, válido e eficaz *intra partes* - não pode ser contudo invocado perante a normatividade estatal, destituído que é de fôlego para fazer-se vigente perante as leis do Estado (ROMANO, 2008, p. 153).

constantes referências, em ambas as obras, aos pensamentos de Rousseau ou Kant -, no esforço concretizado pelos dois de trazer o Direito das nuvens para o chão terreno, e adequá-lo, mais do que a uma aritmética lógica, às contingências da vida, onde, aí sim, o fenômeno jurídico viceja em sua plenitude.

Se o próprio Duguit não menciona expressamente a obra de Santi Romano – o que é compreensível, já que a primeira edição de ‘O Ordenamento Jurídico’ vem à tona apenas dez anos antes do passamento do jurista francês -, tal circunstância não tem fulgor para impedir a relação que ora se faz entre os pensamentos destes dois juristas, ocupados que estiveram - às vezes, como se viu, com textos de títulos quase que idênticos – com uma formulação positiva e social do Direito.

### 2.2.3 O institucionalismo de Hauriou

Essa mesma relação estrutural pode ser enxergada ainda em relação ao institucionalismo do jurista italiano e aquele de Hauriou: também estes dois juristas, legatários do positivismo sociológico<sup>202</sup>, fazem explicar o direito por meio da instituição.

Não é à toa que o próprio Romano deita atenções, em tom crítico, sobre o pensamento do jurista francês ao referir-se aos “precedentes doutrinários do conceito de instituição” (ROMANO, 2008, p. 78/83). O presente tópico, centrado no conceito de instituição deste último<sup>203</sup>,

---

<sup>202</sup> Indicação que merece ser vista *grano salis* porque, se, de fato, se vale Hauriou das lições dos positivistas, é preciso também indicar a apelo do jurista francês a elementos que certamente haveriam de ser vistos com desconfiança pelos rigores do método comteano. Com efeito, ao indicar a “idéia da obra a realizar”, adiante destrinchada, como o primeiro dos elementos constitutivos da instituição, Hauriou certamente transborda dos limites de uma teoria propriamente positiva. De fato, seria causa de objeção a um positivista passagens, dignas de um hegeliano, como: “as idéias objetivas existem de antemão no mundo inteiro, encarnadas nas coisas ao nosso redor; em momentos de inspiração, nós encontramos-las e as livramos de suas canga”. Tradução livre de: “*las ideas objetivas existen de antemano en el vasto mundo, incorporadas a las cosas que nos rodean; en los momentos de inspiración, nosotros las hallamos y las libramos de su ganga*”. (HAURIU, 1968, p. 46/47). É o que faz notar Hespanha, ao indicar na obra do jurista francês, ainda, um tom de “espiritualismo neo-tomista (um princípio espiritual presidindo aos movimentos das coisas humanas) e que irá seduzir algumas correntes anti-positivistas” (HESPANHA, 2005, p. 418).

<sup>203</sup> O pensamento do autor, como notado pelo teórico italiano (ROMANO, 2008, p. 80) e ainda por Cassien Billier (BILLIER et al, 2005, p. 331), foi retomado e revisto em muitas ocasiões, sendo utilizadas no presente tópico as idéias de Hauriou expostas na obra ‘A Teoria da Instituição e da Fundação’ datada de 1925.

pretende apresentá-lo, passando logo após a indicar as diferenças e similitudes entre as concepções de ambos.

Hauriou (1856/1929), professor em Tolouse<sup>204</sup>, também ultrapassa suas investigações técnicas relativas ao direito público para, numa forte movimentação de cunho sociológico, engendrar uma teoria que, “com grande influência nos meios jurídicos” (HESPANHA, 2005, p.417), desse conta de definir o Direito, ultrapassando não só os rigores legais como ainda o depósito de decisões do Conselho de Estado francês – tal pensador, outrossim, participa do já referido movimento de constituição do direito público em França<sup>205</sup>.

Partindo da premissa já romaniana de que, em contraste com a doutrina do contrato social, os vínculos sociais entre os homens dão-se de modo natural e necessário (HAURIOU, 1968, p. 31), a categoria instituição vem assim definida pelo autor:

uma instituição é uma idéia de obra ou de empresa que se realiza e dura juridicamente num meio social; para a realização desta idéia, organiza-se um poder que procura os órgãos que lhe são necessários; por outro lado, entre os membros do grupo social interessados na realização da idéia, há manifestações de comunhão lideradas por órgãos de poder e reguladas por procedimentos<sup>206</sup>

Vale dizer, o fenômeno jurídico estaria já pronto e acabado nas diferentes manifestações destas instituições – seja o Estado, seja outras menores, o autor dá exemplos como associações, sindicatos, hospitais, bancos etc. (HAURIOU, 1968, p. 40) – que, constituindo em círculos menores a própria sociedade, organizam e modelam seus membros, pondo-os a atuar conforme os seus (dela) desígnios. Então, fazer parte de uma instituição significa mesmo estar numa “situação de direito” (BILIER et al, 2005, p. 332), num estado em que, atravessado por

<sup>204</sup> Para uma centrada biografia do autor, confira-se: HAURIOU, 1968, p. 7/24.

<sup>205</sup> Em artigo que faz como que um apanhado das principais balizas que norteiam as idéias do autor, confira-se: HAURIOU, M. **An Interpretation of the Principles of Public Law**. Harvard Law Review, 1918. Consulta: [http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/Hauriou\\_article\\_Harvard\\_law\\_review\\_1918.pdf](http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/Hauriou_article_Harvard_law_review_1918.pdf). Acesso em 2.7.2011.

<sup>206</sup> Tradução livre de: “*una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura juridicamente en un medio social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los organos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realizacion de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidas por organos del poder y reglamentadas por procedimientos*” (HAURIOU, 1968, 41/42).

relações jurídicas que lhe ultrapassam a vontade, o indivíduo submete-se a uma estrutura objetiva a ele exterior.

Esse *quid* ideal que vincula tais instituições a seus respectivos objetos possibilita ao autor explicar as alterações jurídicas e as “criações novas da prática social” (HAURIU, 1968, p. 38), face tormentosa a teorias que pretendem explicar o Direito a partir do ser, sendo aqui digna de registro, apesar de todo o ambiente comum em que florescem o pensamento de ambos os juristas, a crítica endereçada por Hauriou à regra de direito de Duguit, na advertência de que a regra de direito, estática que é, jamais teria o poder de iniciativa apto a criar instituições<sup>207</sup>. É exatamente esta, pois, a objeção de Hauriou: não é da regra de direito que nasce a instituição; mas sim dest’última é que, por sua vez, aquela decorre.

A criação da instituição seria, então, fruto de iniciativas individuais concretizadoras daqueles idéias, cuja manutenção e posterior desenvolvimento, esses sim, são decorrentes da força da inércia advinda do meio social. Ess’última força seria a responsável também pela limitação desses poderes criativos individuais, na exata certeza de que, como contido nos arts. 4.º e 5.º da Declaração de Direitos de 1789, “Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser proibido e ninguém pode ser constrangido a fazer senão o que ela ordene”<sup>208</sup>.

A relação existente entre Direito e Estado na obra de Hauriou, ela segue os mesmos moldes do já apontado quando da elucidação do positivismo sociológico: posto que não seja somente criado pelo Estado, o Direito fundado nas instituições está, no limite, submetido àquele, que passa a ser entendido então como “a instituição das instituições” (BILLIER et al, 2005, p. 335) – sem que seja possível deixar de notar a semelhança existente no particular entre os três autores (Romano, Hauriou e Duguit) destrinchados.

Quanto à classificação das instituições, Hauriou divide-as em duas espécies: a) as instituições-pessoas – estas que, instituídas, têm sua idéia a realizar concretizada numa pessoa moral (onde se interiorizam as manifestações dos membros de grupo); e b) as instituições-coisas, que não se chegam a concretizar num marco concreto da idéia a ser realizada: “a regra de direito, socialmente estabelecida, é uma instituição deste segundo tipo: é instituição porque, sendo idéia embora, se propaga

<sup>207</sup> Para uma análise que enxerga em Hauriou a tentativa de colocar-se a meio caminho, em crítica simultânea tanto ao subjetivismo moderno, quanto a posições de forte apelo na solidariedade social (como a de Duguit), veja-se: (BILLIER et al, 2005, p. 334/335).

<sup>208</sup> Tradução livre de “*Tout ce qui n’est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu’elle n’ordonne pas*”.

e vive no meio social, mas ela não engendra, visivelmente, uma corporação em si própria [...]”<sup>209</sup>.

Note-se, pois, que esse dualismo – instituições-pessoas *versus* instituições-coisas – também auxilia o estudo jurídico do dever-ser, porque, então, as instituições-pessoas, no dinamismo que sua idéia motriz encerra, “puxam” (HESPANHA, 2005, p. 418) o estatuído ao nível institucional, de modo que o fenômeno jurídico ganha dinamicidade, tudo isso a justificar o vitalismo a que se refere o título da obra: a instituição-pessoa, materializada numa pessoa moral, move-se em direção à persecução do objeto constante de sua idéia a realizar.

No que toca a esta idéia – primeiro dentre os três elementos constitutivos das instituições pessoas -, Hauriou indica-a como o elemento “mais importante de toda a instituição corporativa”<sup>210</sup>, (HAURIOU, 1968, p. 41), o qual pode ser entendido, mais do que o seu fim ou finalidade<sup>211</sup>, como o objeto da pessoa: é por ela e nela – na idéia – “que a empresa irá objetivar-se e adquirirá uma individualidade social”<sup>212</sup>.

Muito mais do que convicções subjetivas, cuida-se de um *quid* objetivo que, perpassando a consciências dos envolvidos em sua concretização, possui, em si mesmo, contornos próprios. De fato, do mesmo modo com que um mineiro encontra um diamante e, depois, pode ser capaz de lapidá-lo (HAURIOU, 1968, p. 45), também as pessoas encontram as idéias e, por elas tocadas, põem-se a trabalhar a fim de que torná-las concretas.

Perceba-se o corte anti-individualista e anti-subjetivista: sem que criem a idéia, essas pessoas - esse grupo de interessados<sup>213</sup> - constituem-se condição da realização factual da idéia; sem, contudo, confundir-se com ela. Por isso, as instituições estão para além da vontade do homem

<sup>209</sup> Tradução livre de: “*La regla del derecho, socialmente establecida, es un institucion porque, en tanto que es idea, se propaga y vive en medio social, peor Ella no engendra, visiblemente, una corporacion que Le sea própria*” (HAURIOU, 1968, p. 40).

<sup>210</sup> Instituições de corpo constituído ou instituição pessoa (HAURIOU, 1968, p.40), sendo sobre elas que, na obra do autor cá utilizada, o jurista francês deita atenções.

<sup>211</sup> O autor demora-se na distinção entre (a) fim (por ele entendido como mero resultado exterior e externo à própria idéia), (b) função (vista como aquilo “já realizado” ou “já determinado” pela instituição, em contraposição à idéia que sempre traz uma face sua passível ainda de determinação ou mesmo não realizada) e (c) objeto das instituições. (HAURIOU, 1968, p. 42/43).

<sup>212</sup> Tradução livre de “*que La empresa va a objetivarse y a adquirir una individualidad social*” (HAURIOU, 1968, p. 44).

<sup>213</sup> Os cidadãos no Estado, os acionistas numa pessoa jurídica constituída por capitais, os sócios numa pessoa jurídica empresárias etc.

situam-se acima deles, servindo-se deles somente no momento de sua conversão em algo sensível.

O segundo elemento constituinte da instituição diz com o fato de sua organização: para que haja uma efetiva instituição, prossegue Hauriou, há de haver respeito a dois princípios que regulam o poder de governo para a realização da idéia. De um lado, a separação de poder, e, d'outro, o regime representativo (HAURIOU, 1968, p. 47/49).

O primeiro princípio, identificado ainda como separação de competências, justifica a visão do autor, contrária à defendida por Duguit, de que o poder jurídico/político possa ser sinônimo de mera força, tudo a fim de precaver-se contra possíveis dominações unilaterais que venham possivelmente a tomar corpo no seio da instituição.

O segundo princípio é o do regime representativo, garantidor de que o poder de governo da instituição atue não só segundo a vontade do corpo em que ela se concretiza, como ainda em conformidade com a idéia dela fundadora. Neste passo, ressaltando que tal regime não implica necessariamente a adoção de eleições, Hauriou aponta para o efeito moralizador da instituição que, conforme os rigores de sua idéia a realizar, colaboram para a submissão dos governantes ao objeto perseguido pelo fenômeno institucional, a impedir pretensões egoístas e tirânicas dos que são chamados à representação do grupo de interessados.

O último elemento constituinte da instituição é a “manifestação de comunhão” (HAURIOU, 1968, p. 49) entre os membros do grupo, coligados que estão com a idéia e a sua realização – de resto, uma ligação entre o estado subjetivo dos agentes e a objetividade que a idéia encerra em si. De fato, é graças a esta manifestação, reproduzida não raramente em reuniões e assembléias, que “a idéia diretriz da obra passa momentaneamente ao estado subjetivo” (HAURIOU, 1968, p. 50)<sup>214</sup>. Em suma, cuida-se de um estado de união das vontades particulares que está em alinhamento com aquela idéia que a instituição visa a encarnar.

Com olhos voltados a esses contornos teóricos, Romano (ROMANO, 2008, p. 80/83) reconhece o mérito de ter o autor francês reconduzido ao mundo jurídico, mais do que ao sociológico ou político, o conceito de instituição, ratificando os esforços de Hauriou para distingui-la da mera personalidade jurídica.

O jurista italiano discorda, porém, dos critérios indicados pelo autor francês, não só porque eles fazem por exigir considerável grau de

---

<sup>214</sup> Tradução livre de “*La Idea directriz de la obra pasa momentáneamente al estado subjetivo*” (HAURIOU, 1968, p. 50).

desenvolvimento e aperfeiçoamento para fins de constituição da instituição, como ainda em razão da desabrida coincidência entre o segundo elemento e a organização estatal moderna, como se realmente fosse necessária, tal como exigia Kant, a presença de separação de poderes e representação política como forma de evitar o arbítrio no particular político.

De fato, o institucionalismo de base formal romaniano não tem condições de, em sua teoria, exigir das instituições nem requisitos tão elaborados – o teórico italiano mesmo assinala a precariedade de alguns ordenamentos – nem a segurança da garantia da liberdade/democracia ou justiça. Quanto a este último aspeto, afora a própria plurivocidade dos termos “liberdade” ou “justiça”, o autor italiano, positivista, não tem preocupações jurídicas em estabelecer o conteúdo de tudo quanto envolvido na instituição, sem que seja possível, na forma como já assinalado, que o fenômeno jurídico seja dependente de algo para além da mera forma que ele encerra.

Dai referir-se Romano a que:

Evidentemente, Hauriou foi levado pela idéia de moldar suas instituições à imagem e semelhança da maior destas, ou seja, o Estado, ou, melhor ainda, o Estado Moderno, enquanto se tratava de delinear uma figura generalíssima, cujas características, contingentes, podem variar e, na realidade, variam infinitamente. (ROMANO, 2008, p. 82).

Também a relação entre o fenômeno jurídico e a instituição não vem mui bem esclarecida para Santi Romano: é que, mais do que o *locus* donde deriva o Direito (como, diz Romano, entendera Hauriou<sup>215</sup>), a instituição é para o autor italiano o próprio direito, de modo que haja absoluta identidade entre o próprio fenômeno jurídico e a instituição: “não acreditamos em que a instituição seja fonte do direito [...] mas acreditamos em que, entre o conceito de instituição e o de ordenamento, considerado no seu todo e integralmente, exista uma perfeita identidade” (ROMANO, 2008, p. 82).

Daí, vê-se que, apesar de manejarem os mesmos termos, não há confundir o pensamento dos juristas, sendo de alertar que, quanto à elaboração de uma teoria do direito que se pretenda formal (no rumo

<sup>215</sup> A indicação faz-se necessária porque, da leitura da obra consultada de Hauriou para fins desta pesquisa, não há expressa referência do autor francês a este particular.



coerente com a perspectiva positivista), o pensamento do teórico italiano é mais consistente porque despojado de critérios materiais em sua elaboração, a permitir uma elaboração mais ampla do fenômeno institucional (cujos rigores admitem até mesmo formas ilegais do ponto de vista estatal, ou despóticas ou ainda injustas do ponto de vista de certa moralidade – os elementos que formam a instituição não dizem com tais questões) sem o recurso de comparações com a entidade estatal como aquelas de que lançou mão o jurista francês.

Assim sendo, se, por um lado, são pronunciadas as diferenças existentes entre as concepções, não há, por outro, ignorar o diálogo antiformalista existente entre os juristas, no esforço para demonstrar que o Direito não se resume à lei nem a manifestações estatais normatizadas.

### **3. O DECISIONISMO DE CARL SCHMITT E PENSAMENTO DE GROSSI**

Este terceiro capítulo aborda a tentativa de formar um diálogo entre a concepção de Romano e duas propostas jurídicas, posteriores ao pensamento do jurista italiano, um tanto quanto distintas: o pensamento decisionista, típico da teoria do Direito de Carl Schmitt, e as idéias do historiador do Direito Paolo Grossi, que se vale das lições romanas para, com base numa concepção institucionalista, exercer seu próprio mister.

Para tanto, este capítulo do trabalho divide-se em dois momentos: numa primeira parte, analisam-se, em tom descritivo, as idéias de Schmitt, em particular o modo eloqüente pelo qual, partindo de uma análise voltada ao particular técnico do Direito Público, o autor alemão forja elementos capazes de elaborar forte crítica ao normativismo kelseniano e a postura liberal que dele advém. É com estribo nessa primeira base do pensamento schmittiano que, logo em seguida, revela-se o modo por que a concepção institucionalista é encaixada no decisionismo de Carl Schmitt.

A segunda parte deste capítulo versará sobre o modo pelo qual Paolo Grossi, historiador do Direito, lança mão do institucionalismo como esqueleto para sua atuação, seja no ofício do historiador propriamente dito – são notáveis os trabalhos do autor relativos à Idade Média –, seja ainda como jurista que não consegue deixar de deitar atenções sobre o seu tempo. É sobretudo nest'último momento, ver-se-á, que o eco das idéias romanas faz-se presente nas posições grossianas, sempre abertas ao estudo do Direito como entidade viva e plural, desgarrada da estrutura estatal, na exata forma, aliás, como se dera na Idade Média.

#### **3.1 DECISIONISMO DE SCHMITT E O INSTITUCIONALISMO**

Carl Schmitt (1888/1985) mais do que um estudioso do Direito Público é autor que merece investigação no que respeita à teoria do Direito por ele próprio engendrada, a qual concentrou esforços para sublinhar o papel central da decisão e da exceção no particular jurídico.

Tal postura, expressamente, pretende-se crítica em relação às concepções de cunho normativismo, que tiveram em Kelsen seu maior expoente<sup>216</sup>.

Tentando expor os principais aspetos do pensamento do autor, esta parte do trabalho tenciona evidenciar suas posições, após o que se tentará forjar um paralelo entre o decisionismo schmittiano e institucionalismo de Romano, com olhos voltados sobretudo à menção expressa que os autores fazem entre si.

Assim é que este momento será dividido em três tópicos: os dois primeiros – “Crítica ao normativismo liberal”, e “A exceção e o soberano no pensamento de Schmitt” – atentos à elucidação dos traços centrais do decisionismo schmittiano; e, por fim, a terceira parte, em que se indica o diálogo de concepções, a elucidar a possível relação entre a concepções de ambos os autores críticos à Modernidade.

### 3.1.1 A crítica schmittiana ao liberalismo

Assim como se deu com Romano, também aqui – no pensamento de Carl Schmitt – é possível entender o exato rigor de suas concepções voltando atenções sobretudo ao que é criticado pelo autor, de modo que é o estudo pontual de tudo quanto negado pelo teórico o meio bastante eficaz para entender seu pensamento.

É que sua construção teórica foi desenhada como crítica clara a concepções do Direito que, segundo ele, remontavam ainda ao liberal século XIX<sup>217</sup>, onde - apoiado na distinção entre ente estatal,

<sup>216</sup> Assim, cabe notar que, não raras vezes durante esta parte do trabalho, serão inseridos contrapontos entre as idéias schmittianas e o pensamento de Kelsen, tudo para explicitar de forma adequada os contornos da discussão mencionada e a exata posição destes dois autores nos pontuais temas enfrentados.

<sup>217</sup> São constantes as advertências do autor traçadas em certo tom historicista, sempre a relembrar que a aplicação de idéias típicas do século XIX, essencialmente liberais, não mais se ajustavam ao século XX: “[...] No jogo livre das forças sociais e econômicas, dominam liberdade de contratar e liberdade econômica, por meio das quais parece assegurada a suprema prosperidade econômica, haja vista que o mecanismo automático da livre economia e do livre mercado se autocontrola e se auto-regula segundo leis econômicas. [...] Esse Estado fundamentalmente neutro no sentido liberal e não intervencionista perante a sociedade e a economia permanece também como pré-requisito das constituições, mesmo quando para a política social e cultural sejam admitidas exceções. Mas ele se modificou por completo, à medida que aquela construção dual entre Estado/Sociedade e Governo/Povo perdeu sua tensão e o Estado legiferante chegou ao fim, um vez que agora se torna ‘auto-organizada sociedade’. Cai, com isso, como já mencionado, a diferenciação até agora sempre pressuposta

representado pelo monarca, e Sociedade, representada pelo parlamento - erigia-se um Estado cuja única preocupação era a proteção do indivíduo.

Com efeito, não é vista com bons olhos por Carl Schmitt a idéia de um Estado neutro, visto na política interna ora (a) como não interventor (processo que se inicia na religião e vai parar na economia), ora (b) como um aparelho técnico - que, como “um telefone” (SCHMITT, 2007a, p.163), pode a todos ser útil -, ora ainda (c) como aquele a cuja vontade todos têm igual chance de acesso.

De fato, para o jurista alemão, dentro de um Estado do bem estar social (o autor percebera a mudança de paradigma ocorrida na passagem do séc. XIX para o XX: de um Estado estritamente liberal para um mais intervencionista), “[...] a não intervenção [...] nada mais é do que intervenção em favor daquele em posição superior e sem consideração ao outro [...]” (SCHMITT, 2007a, p. 199).

A impedir o aceite da neutralidade política, Schmitt sublinha ainda que

política é inevitável e inextinguível. Pode-se diferenciar, com fáceis e cômodos confrontos, entre política e direito, política e economia, política e cultura, mas, nesse aspecto, parte-se comumente da falsa noção do século XIX liberal de que seria possível separar uma área especial de “política” de outras matérias como economia, religião e direito. Contudo, a peculiaridade do político<sup>218</sup> reside justamente no fato de que toda

---

entre Estado e Sociedade, Governo e Povo [...]” (SCHMITT. C. **O Guardião da Constituição**. trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007a. p. 115. grifo nosso) Tudo isso, em função “de um desenvolvimento dialético que decorre em três estágios: do Estado Absolutista dos séculos XVII e XVIII, passando pelo Estado neutro, do liberal século XIX, para o Estado Total da identidade entre Estado e sociedade” (Ibid., p. 117). Sobre esse novo paradigma estatal, onde o Estado, auto-organização da sociedade, espalha-se sobre todos os aspectos da vida humana – sobretudo sobre o econômico (tido em tempos liberais como inacessível a este último) – de ver ainda a consideração schmittiana sobre o momento constitucional alemão, em que havia, segundo o autor, a discrepância consistente no fato de existir um Estado que, em sua prática de dominar ou influenciar amplamente o particular financeiro, fosse econômico, destituído todavia de uma constituição que lhe conferisse esse caráter. (Ibid., p. 141/146).

<sup>218</sup> Eis os tons expansivos com que o autor trata a matéria: “[...] a equação ‘estatal=político’ torna-se incorreta e enganosa na mesma medida em que o Estado e a sociedade mutuamente se interpenetram, todas as questões até então estatais se tornam sociais, e, inversamente, todas as questões até agora “apenas” sociais se transformam em estatais, como ocorre necessariamente em uma coletividade democraticamente organizada. Assim áreas até então “neutras” – religião, cultura, educação, economia – cessam de ser ‘neutras’ no sentido de não-estatal e não-político. Como polêmico conceito, contrário a tais neutralizações e despolitizações de importantes domínios, surge o Estado *total* da identidade entre Estado e Sociedade, Estado que não se

área imaginável de atividade humana, é, na medida do possível política e se torna imediatamente política quando os conflitos e questões decisivos se passam nessa área. (Schmitt, 2007, p. 161)<sup>219</sup>.

Igualmente, de sublinhar, como justificação do autor germânico para negar-se a pensar em neutralidade política, a objeção schmittiana ao chamado pluralismo político<sup>220</sup> em que, cada um dos grupos sociais – representativos de interesses contraditórios no seio da sociedade – pretende assumir as rédeas do Estado com o fito de fazer sua a vontade estatal (pretensão utópica porquanto impossível de ser cumprida à medida que cresce o número dos partidos).

É deste modo que a alargada variedade de instituições típicas do liberalismo político é alvo de mordazes críticas do autor. De indicar,

---

desinteressa por nenhuma área e que, potencialmente, abrange qualquer área. Nele, por conseguinte, *tudo*, pelo menos enquanto possibilidade, é político e a referência ao Estado não está mais em condições de fundamentar uma característica específica de diferenciação do ‘político’”. (SCHMITT. C. **O Conceito do Político**. trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 24. Grifo no original). Quanto ao conceito mesmo do “político”, o autor, lançando mão de categorias que lhe são próprias – amigo x inimigo (este último inimigo, mais do que privado, público [o *hostis* latino]-, faz indicar que é essa mesma diferenciação a capaz de conceber os contornos daquele mesmo conceito: “a diferenciação especificamente política, à qual podem ser relacionadas as ações e os motivos políticos, é a diferenciação entre *amigo e inimigo*, fornecendo uma definição conceitual no sentido de um critério [...] A diferenciação entre amigo e inimigo tem o propósito de caracterizar o extremo grau de interesse de uma união ou separação, de uma associação ou desassociação, podendo existir na teoria e na prática, sem que, simultaneamente, tenham de ser empregadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, econômicas e outras”(Ibid., p. 27/28), entendido o ‘inimigo’ como “[...] um conjunto de pessoas em combate ao menos eventualmente, *i.e.*, segundo a possibilidade real e que se defronta com um conjunto idêntico [...]” (Ibid., p. 30), e a guerra, já como pressuposto da política, como “[...] o combate armado entre unidades políticas organizadas, enquanto a guerra civil [...questão de polícia...] no interior de uma unidade organizada (mas que se torna, por isso, problemática). [...] Os conceitos de amigo, inimigo e combate adquirem seu sentido real pelo fato de que se referem especialmente à real possibilidade de morte física e mantêm esta referência. A guerra decorre da inimizade, pois esta é a negação ôntica de um outro ser” (Ibid., p. 34/35).

<sup>219</sup> Neste ponto, sem dúvida, em contraposição às idéias de Santi Romano, autor, como já anotado, de posição positivista cujos esforços teóricos, na tentativa de criar um direito público cientificizado, apontavam para a depuração do Direito público, agora apartado de outras ciências e ramos do conhecimento, como a “ciência da administração” e quejandos. (ROMANO, S. **Corso di Diritto Amministrativo**. 3 ed. Padova: CEDAM, 1937, p.15/20).

<sup>220</sup> Entendido como fenômeno que “[...] designa uma maioria de complexos sociais de poder, solidamente organizados e estendendo-se pelo Estado, *i.e.*, tanto pelas várias áreas da vida estatal, quanto pelas fronteiras dos Estados e pelas corporações territoriais, autônomas, esses complexos de poder como tais se apoderam da volição estatal, sem deixar de ser um produto apenas social (não estatal)” (Schmitt, 2007a. p. 105).

primeiramente, os partidos políticos<sup>221</sup>, que, mais preocupados com representação dos interesses parciais de que representantes, foram “transformados em grandezas rigidamente organizadas com um sólido aparato administrativo e uma clientela rigidamente vinculada (SCHMITT, 2007a, p. 129/130).

Também a lógica da discussão e do entendimento – que tinha como pressuposto a possibilidade de, mediante esse processo, alcançar-se racionalmente a melhor deliberação política – é vista com descrença. Em tom realista, observe-se:

Contrariamente aos pressupostos da regulamentação em conformidade com a Constituição, realizam-se apenas aqueles governos que, devidos a suas vinculações compromissórias faccionais, sejam fracos demais e impedidos de governar por eles próprios, mas que continuam, por outro lado, a ter tanto ímpeto de poder e posse, a ponto de evitar que outros governem. [...] os defeitos e inconvenientes de tal situação já foram freqüentemente apresentados e criticados o suficiente, p. ex., maiorias incalculáveis, governos incapazes de governar e, devido a suas vinculações compromissórias, irresponsáveis, acordos partidários e faccionais ininterruptos e realizados às custas de um terceiro ou do todo estatal, nos quais cada partido participe se deixa pagar por sua colaboração, distribuição dos cargos e prebendas estatais, municipais e outros de caráter público entre os adeptos do partido segundo algum código de força da facção ou da situação tática. (SCHMITT, 2007a, p. 129/130).

Merece atenção, ainda nesse passo, detalhada descrição das incoerências do sistema majoritário, na indicação de como a “posse da maioria parlamentar”, diante de distintos quóruns necessários a

---

<sup>221</sup> Anotado aqui que, em Kelsen, a figura dos partidos políticos é tida por essencial num contexto democrático: “a democracia só pode existir se os indivíduos se agruparem segundo suas afinidades políticas, com o fim de dirigir a vontade geral para os seus fins políticos, de tal forma que, ente o indivíduo e o estado, se insiram aquelas formações coletivas que, como partidos políticos, sintetizem as vontades iguais de cada um dos indivíduos. [...] Só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos”. (KELSEN, H. **A Democracia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 39/40. grifo nosso).

atividade legislativa, pode perpetuar-se mesmo quando, mais tarde, não seja mais maioria:

uma maioria anteriormente existente permanece, ainda que sem maioria atual, na posse dos meios hegemônicos estatais, apenas sob condição de que o partido opositor não tenha, por seu turno, obtido uma clara maioria contrária. A justificativa interna passa então a ser, por certo, não mais o princípio da maioria democrática, mas somente o triunfo do *beatus possiens* ('feliz possuidor'). À medida que tais recompensas pela posse vão ganhando uma decisiva importância política, e seu aproveitamento abusivo vai-se tornando um meio óbvio de afirmação do poder político-partidário, o princípio da igualdade de chances, e, por conseguinte, a base da legalidade do Estado legiferante parlamentar vão perdendo toda e qualquer crença<sup>222</sup>

Esse fenômeno – uma atual minoria, mesmo sendo...minorias, ser capaz de impor sua vontade a uma eventual maioria somente porque est'última, apesar de ser...maioria, não alcançou o quórum necessário para legislar sobre determinado assunto – é denominado pelo autor "mais-valia política adicional", sendo objeto de severas críticas por parte do jurista tedesco, que o tem por "absurdo e até mesmo imoral" do ponto de vista democrático. (SCHMITT, 2007b, p.54/55).

Todas essas críticas a redundar num pessimismo exposto em palavras abertas, sempre no intuito de alvejar o modelo político tido por liberal:

Mesmo os partidos que, com uma franca atitude política estatal, queiram colocar o interesse do todo acima dos objetivos partidários, são forçados, em parte por consideração a sua clientela e a seus eleitores, ou a ajudar a impelir o contínuo movimento compromissório, ou, porém, a ficar, insignificamente, à parte, e, no final, encontram-se na situação daquele conhecido cachorro da fábula de La Fontaine, o qual guarda

---

<sup>222</sup> SCHMITT, C. **Legalidade e Legitimidade**. trad. Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007b, p.38.

com a melhor das intenções o assado de senhor, mas, quando vê outros cachorros caírem sobre o mesmo, também passa a participar, finalmente, da refeição (SCHMITT, 2007a, p. 129/130).

De fato, as divergências de opinião no seio do parlamento, a defesa de contraditórios interesses por meio de representatividade partidária, antes de possibilitar o consenso e, assim, espelhar o que se passa perante a sociedade, são para Schmitt fatores que paralisam a política, impedindo que o Estado – não o liberal, sempre manietado pelo legislativo<sup>223</sup> – exerça o seu papel que é justamente governar:

A causa dos inconvenientes e da falta de imparcialidade e objetividade é exatamente a fraqueza resultante, em um Estado econômico, dos métodos pluralistas do instável Estado de coalizão partidário e não se pode remediar essa falta por meio de mais enfraquecimentos e cisões. [...] Neutralidade<sup>224</sup> no sentido de imparcialidade e objetividade não se constitui em fraqueza e apolitismo, mas em seu contrário. Assim, a solução não reside em uma imparcialidade apolítica, mas em uma política objetivamente informada e que não perde de vista o interesse do todo. É o objetivo de toda a Constituição sensata dar um sistema organizacional que possibilite uma

<sup>223</sup> Quanto à função limitadora do parlamento por sobre ações do Executivo – típico paradigma liberal – o autor relembra: “A situação constitucional do atual Reich alemão da constituição alemã é essencialmente diferente disso. Primeiramente, o Estado de hoje não se baseia em um contrato entre representação popular e governo [...] Em segundo lugar, o governo não é mais um poder independente do parlamento, sendo os meios de influência e controle do parlamento, desde que exista um parlamento capaz de atingir maioria de agir, tão fortes que, já por esta razão, é impossível reivindicar os pontos de vista que faziam sentido perante o governo real da monarquia alemã. Em terceiro lugar, o presidente do Reich é eleito pela totalidade do povo alemão, de modo que ele é, igualmente, um representante do povo, caindo o monopólio da representação popular pressuposto no parlamento nas normas e termos do direito constitucional monárquico. Finalmente, em quarto lugar, a Constituição de Weimar é uma constituição democrática e baseia-se em um equilíbrio de elementos parlamentares e plebiscitários, sua estrutura é essencialmente determinada pelo fato de que o povo decide da mesma forma tanto perante o parlamento, quanto perante o governo e o presidente como terceiro superior (por meio de reeleição, plebiscito ou outras votações)” (Id., 2007a, p. 188/189).

<sup>224</sup> Acerca dos diversos significados ‘positivos’ de neutralidade, confira-se: SCHMITT, 2007a, p. 166/167, sendo importante aqui sublinhar aquele que a designa como “[...] expressão de uma unidade e totalidade que abrange os agrupamentos opostos e, destarte, relativiza em si todas essas opiniões [...]” (Ibid. p. 167).



volição estatal e um governo capaz de governar. (SCHMITT, 2007a, p. 167/168).

Também o conceito de democracia é explicativo do quão afastado o pensador alemão está do paradigma liberal. É que para posições liberais (criticadas pelo jurista tedesco *in* SCHMITT, 2007a, p. 37.)<sup>225</sup>, na esteira do individualismo que faz do Estado meio para a proteção de certos direitos do homem, a democracia consistiria justamente na forma de governo em que, avessa à “tirania da maioria”, resguardaria certos interesses – vida, propriedade, liberdade etc. – de qualquer decisão, isto é, onde, protegendo minorias, haveria limitações substantivas ao poder de decisão soberano – advenha ele do monarca, ou do povo<sup>226</sup>.

<sup>225</sup> No que é seguido por Santi Romano: “Perante o Poder Legislativo, não se têm, em regra, nem direitos nem interesses juridicamente protegidos. Este princípio tem plena aplicação naquelas ordenações em que autoridades legislativas são onipotentes [...] e também naquelas outras ordenações, entre as quais se compreende a italiana, cujos limites à função legislativa não só são apenas internos [...] mas também elásticos e relativos, no sentido de que o próprio Poder Legislativo pode, discricionariamente, ultrapassá-los. (ROMANO, 1977, p. 160).

<sup>226</sup> Neste sentido, observe-se o pensamento de liberais moderados do pós 1789, todos eles a entender a democracia com traços liberais, isto é, aquela forma de governo em que certos direitos são retirados da disposição da vontade da maioria – em desenho que, em parte, se assemelha à lógica dos direitos naturais. Constant (1767/1830) que, com olhos por sobre a Constituição conservadora de 1814, tentar dar-lhe um exegese mais liberalizante – sobretudo no que toca ao então forjado “Poder Moderador”. Aqui a crítica é feita às posições mais radicais – jacobinistas – defensoras de que o legislador – a Vontade Geral – tudo podia: “*La soberanía del pueblo no es ilimitada; esta circunscrita a los límites que Le señalan la justicia y los derechos de los individuos. La voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo lo que es injusto. Los representantes de un nación non tienen el derecho de hacer lo que no tiene el derecho de hacer la nación misma. [...] el asentimiento popular no podrá legitimar lo que es ilegítimo, puesto que un pueblo no puede delegar una autoridad de la que carece.*” (CONSTANT, Benjamin. **Curso de Política Constitucional**. trad. F.L. Yturbe. Madrid: Taurus, \_\_\_, p. 11. Bem assim, Guizot (1787/1874), que, defensor da monarquia constitucional – igualmente acuado naquele momento histórico entre revolucionários/jacobinistas e absolutistas ultraconservadores-, considera arrogante a tentativa jacobina de, como que a desconsiderar a história francesa, forjar do nada - do bico da pena de um legislador ilimitado - uma nova França. (GUIZOT, F. **Mémoires pour servir à l’histoire de mon temps**. Clermont-Ferrand, Paleo, 2003, v.2. p. 33/37 et 154/155). Por fim, sem esquecer o pensamento do utilitarista e liberal Mill (1806/1873) (MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**. trad. Manoel Innocência de Lacerda Santos Jr. Brasília: Ed. UNB, \_\_\_, p. 87), de rigor, ter presente a obra de Tocqueville (1805/1859): “Tenho por ímpia e detestável a máxima de que, em matéria de governo, a maioria de um povo tem o direito de tudo fazer, e, no entanto, situo na vontade da maioria a origem de todos os poderes. Estarei em contradição comigo mesmo? Existe uma lei geral, que foi feita ou pelo menos adotada, não apenas pela maioria de tal ou qual povo, mas pela maioria de todos os homens. É a lei da justiça. A justiça constitui, pois, o limite do direito de cada povo. [...] Que vem a ser uma maioria tomada coletivamente senão um indivíduo que tem opiniões e, mais freqüentemente, interesses contrários e outro indivíduo ao qual chamamos minoria? Ora, se admitirmos que um homem revestido de poder extremo pode abusar dele contra seus adversários, por que não admitiremos

Em Schmitt, todavia, o conceito de democracia tem por pré-condição a “homogeneidade constante e indivisível” (SCHMITT, 2007b, p. 42) do povo<sup>227</sup> – no caso, do povo alemão (homogeneidade que o identifica e o iguala de forma absoluta com o Estado)<sup>228</sup> –, sem que existam motivos democráticos aptos a sustentar nem aqueles direitos intocáveis [já que democraticamente “não há, legitimamente, uma divisão permanente e organizada do povo em de maioria e minoria também não há interesses permanentemente passíveis e carentes de salva-guarda” (SCHMITT, 2007b, p. 42)], nem aos quóruns específicos – constantes da segunda parte da Constituição de Weimar – que fazem exigir mais do que a maioria simples para deliberar sobre tais ou quais assuntos<sup>229</sup>.

De fato – no que toca especificamente ao quórum privilegiado *ratione materiae*<sup>230</sup> constante do segundo momento da Constituição de

---

também a mesma coisa para uma maioria? Os homens, ao se reunirem, terão mudado de caráter? Ter-se-ão tornado mais pacientes nos obstáculos, ao se tornarem mais fortes? Para mim, não seria possível acreditar nisso; e o poder de fazer tudo, que recuso a um só de meus semelhantes, eu não o atribuiria nunca a vários deles”. (TOCQUEVILLE. A. **A Democracia na América**. trad. Neil Ribeiro das Silva. São Paulo: Folha de São Paulo 2010, p. 188/189).

<sup>227</sup> Quanto à carta de Weimar, e a forma de governo aí disposta, Schmitt não deixa margem para dúvidas: “A Constituição vigente do Reich persevera na idéia democrática da unidade homogênea e indivisível do povo alemão, o qual outorgou uma Constituição por meio de seu poder constituinte e por meio de uma decisão política positiva, ou seja, por intermédio de um ato unilateral”. SCHMITT, 2007a, p.90).

<sup>228</sup> Democracia em Schmitt significa “[...] identidade entre dominadores e dominados, governantes e governados, dos que mandam e dos que obedecem”. (SCHMITT, 1982, *apud* MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 171/172)

<sup>229</sup> A análise da Constituição de Weimar feita pelo pensador gemânico (especial *in* SCHMITT, 2007a) é talhada sempre com base em determinanda divisão do texto constitucional, de forma que Schmitt refere-se reiteradamente a duas partes daquela lei maior: (a) a primeira, em que as competências legislativas estão de acordo com o princípio da maioria simples (em que atuante, então, o “legislador ordinário”); (b) a segunda parte em que não mais tem vez o critério de “metade mais um”, mas sim o chamado “legislador especial”, onde o quórum aplicável é distinto. Quanto a esse legislador especial, presente na segunda parte do texto constitucional, ele pode ser de três espécies: o legislador que, submetido a quóruns específicos, tem o poder de alterar disposições constitucionais relativas a específicos assuntos; o legislador formado através de plebiscito; e, por fim, o legislador atuante em casos de urgência (equivalentes ao estado de sítio e de guerra).

<sup>230</sup> O intento da obra ‘Legalidade e Legitimidade’ é demonstrar que as diversas formas de legislador especial dispostas na segunda parte da Constituição de Weimar estão em frontal contradição com o legislador ordinário, típico do Estado Legiferante, disposto na primeira parte do Texto Constitucional. É também sintomática dessa mesma contradição, prossegue Carl Schmitt, a posição liberal de neutralidade valorativa da primeira parte da Constituição (onde, por isso, tem vez o legislador ordinário), escancaradamente contraposta às valorações constantes da sua segunda parte. Diante dessa contradição, o autor alemão não claudica em posicionar-se: “Se, com a consciência de que a Constituição de Weimar são duas constituições, for escolhida uma das duas, então a decisão deverá cair sobre o princípio da segunda

Weimar –, o jurista germânico faz revelar a contradição antidemocrática entre esta última parte o primeiro momento da Carta - em que a maioria simples revelava-se quórum para deliberação:

Se por razões objetivas, houver o desejo de se garantir determinados interesses de grupos, far-se-á então mister retirá-los do processo democrático de formação da vontade mediante dispositivos especiais e não mais democráticos, ou seja, será necessários eximi-los e privilegiá-los. Entretanto, não é coerente retirá-los do funcionamento aritmético estatístico por meio de agravos meramente quantitativos e ao mesmo tempo ali deixá-los ficar. Desse modo, abandona-se o princípio democrático da maioria simples baseado na homogeneidade preconditionada sem se passar para nenhum novo princípio. Não se trata de questionar se preocupações jurídico-materiais ou constituições formuladas no estilo da segunda parte da Constituição de Weimar são, em si mesmas, racionais e legítimas, o que indubitavelmente, elas são. Elas se encontram em uma situação de contradição construtiva em relação à neutralidade legiferante parlamentar organizado na primeira parte da constituição de Weimar e não apenas o restringe como também o destrói. (SCHMITT, 2007b, p. 46/47, grifo nosso).

Ademais, bem se vê que, diante da maioria, o mero aumento do quórum de votação para fins de poder de deliberação – a exigir mais votos do que a ‘metade mais um’ para poder alterar tal ou qual dispositivo constitucional – não se traduz em verdadeira garantia de nada, revelando-se, ao revés, como um recurso legal precário e, em sua provisoriedade, suscetível de superação.

As minorias, veja-se até que ponto chega o jurista alemão, a elas lhes deve ser reservada verdadeira privação do processo democrático, na

---

Constituição e sua ordem substancial. O cerne da segunda parte da Constituição de Weimar merece ser libertado de autocontradição e acordos falhos”. (SCHMITT, 2007b, p. 102). Acerca do que seja o “Estado Legiferante” - um Estado regido por normatizações com conteúdo mensurável e determinável, caracterizadas como impessoais e, por esse motivo, gerais, predeterminadas, e, conseqüentemente, concebidas visando a uma duração permanente (Ibid., p.2) – em contraposição com outras formas de Estados, e em relação a situação sócio-política que os pressupõe, veja-se: (Ibid., p. 3/8).

exata premissa de que, segundo rigores democráticos o mais “[...] lógico seria uma total isenção com *itio partes* (deliberações em separado) ou o reconhecimento do direito ao êxodo e à secessão”. (SCHMITT, 2007b, p. 43, grifo nosso). Partindo da premissa de que, numa concepção democrática, o que se tem é a figura de um Estado que organiza a sociedade, esta que nada mais é senão uma unidade indivisível, é a própria relação “maioria *versus* minoria”, típica dos escrutínios liberais, que perde sentido<sup>231</sup>, na exata premissa de que “[...] a parte vencida por maioria de votos, na verdade, não é violentada nem forçada, mas apenas conduzida à sua própria vontade real. Logo, não existe nenhuma vitória por maioria de votos, mas apenas um acordo dado desde o início, sempre existente e livre de desvios errôneos mediante votação”. (SCHMITT, 2007a, p. 212).

Prossegue o jurista: é o medo da política, o medo (liberal) da maioria – oriundo de uma minoria que não esconde defender como inatingíveis direitos certos como liberdade e propriedade, desabridamente em desfavor da igualdade -, é somente ele que, por meio do Direito, cerca esses últimos interesses sob a alcunha de intangíveis, que justifica o arranjo pouco democrático, mesmo antidemocrático, contido em dispositivos que vetam ou ao menos dificultam a discussão de certos temas pela maioria.

Dai entender-se a posição do autor conforme a qual a legitimidade plebiscitária é, em verdade, “[...] o único tipo de justificação pública que hodiernamente poderia ser conhecida como válida em geral.” (SCHMITT, 2007b, p.96). É que a democracia schmittiana confunde-se com um critério plebiscitário em que passa a interessar a atualidade do povo indiviso e identificado com o governo, num sistema de deliberação política<sup>232</sup> no qual o que tem prevalência, mais do que a proteção do

<sup>231</sup> Isto é, “O método da formação de vontade por meio de averiguação majoritária simples, é razoável e suportável, se for possível pressupor uma homogeneidade substancial de todo o povo. Nesse caso, não haverá, pois, nenhuma vitória da minoria pela maioria de votos; em vez disso, a votação deverá fazer surgir apenas uma concordância e uma unanimidade pressupostas e existentes em latência. [...] uma vez que toda a democracia fundamenta-se no pré-requisito de um povo indivisivelmente homogêneo, inteiro, uniforme, então não existe para ela, na coisa e na essência, nenhuma minoria, e menos ainda uma pluralidade de minorias firmes, constantes. Aceita-se o procedimento da averiguação majoritária, não porque, a título de exemplo, renunciar-se-ia em função do relativismo ou agnosticismo, a encontrar o verdadeiro e o correto, [...mas sim...] em virtude da pertença a um povo, [...onde...] todos desejem, de modo igual e em essência, o mesmo. (SCHMITT, 2007b, p. 28/29).

<sup>232</sup> Flagrante, pois, o contraponto com a concepção liberal de democracia, ciosa em limitar, já na substância, o poderio de maiorias eventuais. Para uma idéia de maioria, contada por “gerações” porém, confira-se: DIEZ DEL CORRAL, Luís. **El Liberalismo Doctrinario**. Madrid: CEC, 1984, p. 242.

indivíduo, é a deliberação política advinda da massa, já então desamarrada dos contrapesos e contrabalanços típicos da postura política liberal.

### 3.1.2. A exceção e o soberano no pensamento de Schmitt: a crítica ao normativismo

Neste passo, igualmente a concepção normativista – coligada, para o autor alemão, com o pensamento liberal na defesa da *lex* em menoscabo do *rex* – é alvo dos ataques. O autor cujas idéias são claramente contraditadas é Kelsen<sup>233</sup>, recluso que pretendia estar numa escala de imputações que, de norma em norma, alcançaria a *ground norm*<sup>234</sup> (KELSEN, 2006. p. 224), certeza mor de validade de qualquer um dos comandos inferiores.

Em invés de colocar no início do jurídico uma pressuposição (abstrata e desgarrada de qualquer chão fático), Carl Schmitt traz à tona a decisão – a decisão do soberano – cujos contornos afastam o caos e fazem surgir a ordem; é a partir dela – da decisão – que a normalidade se estabelece, e, estabelecendo-se, dá condições de aplicabilidade à regra de direito.

Daí afirmar o autor que “[...] a ordem jurídica, como toda a ordem, repousa numa decisão e não em uma norma [...]”<sup>235</sup>. Vale dizer,

---

<sup>233</sup> A crítica específica acerca da graduação kelseniana capaz de, partindo de uma decisão judicial, alcançar à constituição e, depois, à norma fundamental, de consultá-la em pormenor em: SCHMITT, 2007a, p. 57. O embate entre ambos também está presente no que concerne ao controle de constitucionalidade das leis. Schmitt, para quem tal atividade tinha cores políticos, defendia existência de instâncias para tanto competentes que estivessem ao largo do Poder Judiciário num arranjo deveras democrático de aferição da constitucionalidade dos comandos legislativos: “nenhuma estrutura judicial poderia ocultar o fato de que se trataria, em tal tribunal do Estado ou Constitucional, de uma instância de alta política dotada de poderes legislativos constitucionais. De ponto de vista democrático, seria praticamente impossível transferir tais funções a uma aristocracia de toga” (SCHMITT, 2007a, p. 228). Por sua turno, Kelsen sustentava a posição defensora do controle jurisdicional das leis, a ser exercido por juízes técnicos cercados das garantias que lhes são inerentes. Contrapondo as idéias expostas em “o Guardião da Constituição”, Kelsen escrevera uma série de artigos, que, em edição patricária, foram reunidos em: KELSEN, H. **Jurisdição Constitucional**. trad. Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>234</sup>). Ou ainda, em posição posterior onde a pressuposição da norma fundamental será vista *grano salis*: Id. **Teoria Geral das Normas**. trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 328

<sup>235</sup> SCHMITT, C. **Teologia Política**. trad. Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 11.

contrariando a posição clássica segundo a qual a decisão deriva da norma, o autor defende que é da decisão – do seu efeito “normalizador” – que à norma são dadas condições, já regulares, de ser aplicada; sem essa situação de normalidade, a própria norma perde validade:

Toda norma geral exige uma configuração normal das condições de vida nas quais ela deve encontrar aplicação segundo os pressupostos legais, e os quais ela submete à sua regulação normativa. A norma necessita de um meio homogêneo. Essa normalidade fática não é somente um mero “pressuposto” que o jurista pode ignorar. Ao contrário, pertence à sua validade imanente. Não existe norma que seja aplicável ao caos. A ordem deve ser estabelecida para que a ordem jurídica tenha um sentido. (SCHMITT, 2006, p.13).

Realmente – assentado o caráter “situacional” do direito (SCHMITT, 2006, p.14) -, mesmo a estrutura jurídica do Estado legiferante com a separação de Poderes e o monopólio do legislador é dependente de uma primeira decisão que tornou possível a normalidade em que se embasou a validade das normas talhadas pelo parlamento. Quanto a ela – quanto a esta decisão primaz – é de todo irrelevante eventual discussão acerca de seu acerto ou de sua justiça/racionalidade. Antes o que passa a importar – o pensador tedesco aqui se vale do pensamento hobbesiano<sup>236</sup> - é o estabelecimento da segurança, da

<sup>236</sup> Indicando Hobbes como o “representante clássico do tipo decisionista” (SCHMITT, 2006, p.31), o pensador germânico certamente desconsiderara tratar-se o autor de *Leviatã* de um jusnaturalista de corte contratualista, para cujo arranjo teórico o Direito emanado do Estado, e o próprio Estado, decorre não uma decisão tomada pelo soberano, mas da necessidade de proteger melhor o direito natural inerente a cada indivíduo. No caso de Hobbes o direito de natureza “[...] é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida; e conseqüentemente de fazer tudo aquilo que seu próprio julgamento e razão lhe indiquem como meio adequados a esse fim”. (HOBBES. T. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil*. trad. João de Paulo Monteior *et al.* São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 113[Os Pensadores]). É justamente para a preservação deste direito natural é que os homens pactuam a formação do Estado, como forma de sair do estado de natureza: “[...] o fim último, causa final e designo dos homens [...] ao introduzir aquela restrição sobre si mesmo sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com a sua conservação e com uma vida mais satisfeita” (Ibid., p.141). Sendo assim, ainda que seja inegável no pensamento de Hobbes ser o soberano o instituidor da segurança (capaz de pôr fim aos terríveis contornos do estado de natureza) bem se vê que, anterior à sua autoridade, existe, não o caos (como propugnado pelo pensamento do jurista alemão), mas uma ordem, um direito natural, o qual embasa a formação do Estado. Tal particularidade revela-se com clareza na circunstância de serem nulos os pactos relativos à não

ordem, enfim, da normalidade, da qual haverá de decorrer o sistema legal apto a ser doravante aplicado.

Tal discussão – saber no limite que o fundamenta o Direito - diz com a problemática da fonte do direito (BILLIER et al., 2005, p. 242), particular em que a posição do jurista é assaz clara:

Juridicamente podemos encontrar o último fundamento jurídico de todas e quaisquer validades e valores de direito em um processo volitivo, uma decisão que, enquanto tal, cria o ‘direito’ e cuja ‘força jurídica’ não pode ser derivada da força jurídica de regras de decisão, pois mesmo uma decisão que não corresponde a regra cria direito. Essa força jurídica de decisões contrárias à norma pertence a todo e qualquer ‘ordenamento jurídico’. Diante disso, um normativismo conseqüente deveria levar ao absurdo de que a decisão conforme a norma extrai sua força jurídica da norma, ao passo que a decisão contrária à norma extrai sua força jurídica apenas de si mesma, de sua contrariedade à norma. Para o jurista do tipo decisionista não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão última, dada com o comando, que constitui a fonte de todo e qualquer direito, isto é, de todas as normas e ordenamentos seguintes[...].<sup>237</sup>

Essa inversão das concepções tradicionais também se dá no que tange à contraposição teórica entre o disposto por meio do direito objetivo e a posição de quem decide com base no legislativo. Carl Schmitt, em contradição com ideologias mais liberais, faz acentuar a

---

resistência à violência (notadamente à pretensão de retirar a vida), a ferimentos ou ao cárcere. (Ibid., 115 et pas 119). Embora estivesse longe das idéias hobbesianas propugnar qualquer ato de revolução ativa contra o soberano, certamente Hobbes aceitaria atuação do indivíduo que denotasse resistência à morte ordenada mesmo pelo soberano. (O silêncio deste último em considerar tal hipótese, só faz revelar sua posição realista). Quanto à interpretação schmittiana de Hobbes (objeto de pontual atenção em SCHMITT. C. *Scritti su Thomas Hobbes*. Milano: Giuffrè, 1986), BILLIER et al afirmam que “A oposição entre normativismo e decisionismo que Carl Schmitt acreditou encontrar nos dois autores, Grotius e Hobbes respectivamente, está longe de ser indiscutível” (BILLIER et al, 2005, p. 244). Como ainda: “[...] Schmitt acaba por mutilar o pensamento de Hobbes, isolando-o de suas premissas jusnaturalistas e pré-estatais” (MACEDO JR, 2001, p. 40).

<sup>237</sup> SCHMITT, C. Os Três Tipos de Pensamento Jurídico. In MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 179.

relevância desta última, na exata premissa de que uma norma não se pode auto-aplicar, sendo sempre necessária uma decisão, tomada por alguém, para realizá-la (SCHMITT *in* JR MACEDO, 2001, p. 171/172). Com efeito, este momento de decisão:

faz parte de toda percepção jurídica, pois todo o pensamento jurídico transpõe a idéia jurídica, que jamais será realidade em sua nitidez, para outro estado de agregação e inclui um momento que não pode ser extraído do conteúdo da idéia jurídica, nem de seu conteúdo, quando da aplicação de qualquer norma jurídica positiva geral. (SCHMITT, 2006. p. 30).

O mesmo se dá quando se está sob os auspícios de uma singela subsunção: ainda aí existe um elemento de decisão que não deriva do direito objetivo, não sendo por ele alcançado (SCHMITT, 2006, p. 67).<sup>238</sup>

Neste sentido, é quando a aplicação da norma é feita por quem está livre de instância recursal – isto é, por aquele cuja decisão não é passível de reforma – que a preponderância da decisão vem à tona, revelando, já então, o caráter secundário da norma escrita. Nesse caso, é somente nela – na decisão – que se funda a “força jurídica” do decidido, sendo de somenos importância eventual conformidade do deliberado com a regra de direito. Aí então, “[...] a decisão torna-se independente da fundamentação argumentada, e adquire um valor autônomo” (SCHMITT, 2006, p.30).

Outro particular em que o aspeto “decisão” revela-se superior à “regra” dá-se no estado de exceção, momento em que, suspensa toda a ordem jurídica vigente, “a decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e tonar-se absoluta em sentido real [...] Assim como, no caso normal, o momento autônomo da decisão pode ser repelido a um mínimo; no caso excepcional, a norma é aniquilada [...]” (SCHMITT, 2006, p.13).

*In litteris*, eis a palavras do autor:

---

238 Desde logo se percebe que a distinção entre validade e eficácia – Kelsen engendra esforços teóricos para apartar tais conceitos distintos, embora identifique a eficácia como ‘condição de validade’ (KELSEN, 1986, 177/179) – perde todo o sentido, porquanto é somente como norma eficaz, concretizada por meio da decisão, que a regula iuris pode ter sua validade sindicada. Não é à toa que, citando J.F. Kevergan, Billier et al questionam, com base na crítica schmittiana, a manutenção do “axioma da autonomia da esfera – validade x eficácia – das normas” (BiLlIER et al, 2005, p. 239).



Neste tipo de legislador extraordinário [...tratava o autor do estado de exceção, quando o chefe de Reich passava a ter amplos poderes de expedir medidas legislativas...], vem à tona, por intermédio de todas as ficções e camuflagens normativistas, a verdade jurisprudencial simples, segundo a qual normas somente valem para situações normais, e a normalidade pressuposta da situação é um elemento jurídico-positivo de sua “validade”. Todavia o legislador da situação normal é diferente do “comissário da ação” da situação normal que restabelece a situação normal (a “segurança e a ordem”). (SCHMITT, 2007b, p. 73).

É, pois, durante a exceção – em que as decisões tomadas encontram-se a salvo de controlo – que o real fundamento de toda a ordem jurídica vem à tona: é este que decide se se está, de fato, num estágio de anormalidade capaz de autorizar a não aplicação da regra de direito posta; é este que, sem as amarras da ética da discussão, faz aplicar o direito desapplicando a norma posta (cuja validade deteriorou-se na anormalidade existente), é exatamente este o soberano. De fato, já aí em clássica passagem do autor, “[...] soberano é quem decide sobre o estado de exceção [...]” (SCHMITT, 2006, p.7).

Anotado que (a) no topo do sistema de validade das normas grassa uma decisão (e não a *ground norm*)<sup>239</sup>, anotado, mais, que (b) é justamente essa decisão que põe fim ao caos (a exceção, desde logo indique-se, não é o caos<sup>240</sup>), e faz instaurar a normalidade sem a qual

<sup>239</sup> “O poder jurídico da decisão é algo diferente do resultado da fundamentação. Não se torna imputável com o auxílio de uma norma, mas, ao contrário; somente a partir de um ponto de imputabilidade determina-se o que seja uma norma e exatidão normativa. Não é da norma que resulta um ponto de imputabilidade [...]” (SCHMITT, 2006, p.30).

<sup>240</sup> A exceção - o estado de exceção – está a meio caminho, entre a normalidade e o caos, *locus* esse apreendido pelo Direito, isto é, ainda capaz de apresentar-se como objeto do conhecimento jurídico (embora assaz distante do sistema de regras do direito objetivo - cuja validade estaria fulminada diante da situação anormal). É que nesse caso – no caso da exceção – os dois elementos do jurídico (direito objetivo *versus* ‘decisão que o aplica’) continuam de algum modo preservados (resta, pois, preservada a decisão aplicadora do Direito, estando a regra de direito, a seu turno, como que “aniquilada” (SCHMITT, 2006, p. 13). Isso porque se mesmo a mais singela das subsunções traz consigo um elemento de decisão superior à própria normatividade, o caso excepcional só faz revelar, ainda dentro dos desenhos jurídicos (mais do que o sociológico), a indefensável superioridade da decisão por sobre a subsunção. Por outra: se o contornos do jurídico são dados por dois elementos (regra de direito e decisão), e se o estado de exceção preserva, escancarando-o, este último, logo se vê que, ao apreciá-lo (o

resta impossibilitado o manejo do direito objetivo<sup>241</sup>, é hora de deitar atenções mais específicas sobre o especial papel exercido pela exceção no pensamento do jurista ora em análise.

Acusando a doutrina normativista de – uma vez voltada à normalidade dos negócios privados com que se ocupa a classe burguesa - despreocupar-se com o excepcional (sem conseguir explicá-lo), o autor considera est’último como a verdadeira chave para a exata compreensão do Direito, firme em que “[...] quando se quer estudar corretamente o caso geral, somente se precisa observar uma real exceção. Ela esclarece tudo de forma muito mais clara que o geral em si. Com tempo, fica-se farto do eterno discurso sobre o geral; há exceções. Não se podendo explicá-las, também não se pode explicar o geral” (SCHMITT, 2006, p.15).

Se o início do jurídico deve-se a uma decisão soberana – decisão que acaba com o caos e instaura a normalidade necessária à validade da regra de direito – também é do soberano a competência para definir se é caso de decretação do estado de exceção<sup>242</sup>, reconhecendo, ou não, a normalidade de que depende a validade da regra disposta no direito objetivo.

---

estado de exceção), ainda se está dentro do cadinho jurídico. Nesse estado onde não vigem as leis positivadas, as decisões tomadas haverão de reger-se, num primeiro momento da obra schmittiana, conforme os designios do soberano, e, num segundo, conforme o ordenamento – a ordem de configuração concreta – donde radica o direito. (Quanto a esta *quaestio*, onde as influências romanianas no pensamento schmittiano vêm à tona, veja-se o tópico posterior).

<sup>241</sup> “Toda a norma geral exige uma configuração normal das condições de vida nas quais ela deve encontrar aplicação segundo os pressupostos legais, os quais ela submete à sua regulação normativa”. (SCHMITT, 2006, p. 13). Idéia repetida *inter alia* in SCHMITT, 2008, p. 49.

<sup>242</sup> No que interessa a este ponto, as hipóteses para as quais estava prevista a decretação do estado de exceção, como ainda sua regulação, encontravam-se declinadas no art. 48, e §§, constantes da segunda parte do texto de Weimar. Carl Schmitt faz do Presidente do Reich um legislador extraordinário (ao lado do povo[nos casos de matérias passíveis de deliberação por meio de plebiscitos], e do legislador que necessita de quóruns especiais para tratar de determinados assuntos). No embate para saber qual dos legisladores é superior – se o ordinário, ou se o extraordinário *ratione necessitatis* –, o autor não claudica: “[...] por ocasião de uma competição entre ambos em situações extraordinárias, [...o legislador do art. 48, §2.º...] já conta evidentemente com uma vantagem. [...] com base em seu próprio julgamento, ele toma decisões sobre os pré-requisitos de suas competências extraordinárias (perigo para a segurança e a ordem públicas) e sobre o conteúdo das medidas ‘necessárias’. Por esse motivo, em um espaço de tempo muito exíguo, ele também pode voltar a promulgar medidas cujas revogações forem solicitadas pelo *Reichstag* [...isto é, pelo parlamento. De forma que se revela ainda aquela superioridade se se tiver em conta que...] enquanto o legislador ordinário de Estado legiferante somente pode legiferar, encontrando-se, no tocante à qualidade do Estado legiferante, separado do aparato de aplicação das leis, o legislador extraordinário do art. 48 tem a faca e o queijo nas mãos para conferir a cada medida por ele tomada o caráter de norma jurídica com toda a prioridade de que goza a lei no Estado legiferante parlamentar. (SCHMITT, 2007b, p. 74).

Assim sendo, a exceção, dentro do jurídico como se encontra, transmuta-se em elemento crucial que possibilita a validade do sistema de normas como entendido do ponto de vista normativista. Isso porque - de algo inexplicável, ou ao menos ajurídico, para pensamento tradicional - a exceção passa a ser o centro das atenções teóricas. A regra de direito, para ter validade, precisa desprender-se da exceção, de forma que, invertidas as premissas habituais, é por não ser aplicável à exceção que a norma vale para as condições normais.

A exceção passa a ser, pois, verdadeiro critério de avaliação da validade da norma, porque é pelo fato de esta, retirando-se da exceção, não ter valia nesses casos excepcionais, que se chega à conclusão de sua inteira validade em situações de regularidade. Daí escrever o jurista: “O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção. Na exceção, a força da vida real transpõe a crosta mecânica fixada na repetição”. (SCHMITT, 2006, p. 15)

A exceção, trata-se de um momento que, de tão singular, passa a ser insuscetível de exata subsunção aos rigores dos textos legais. A norma geral - justamente por ser geral - não é capaz de contemplá-lo.

Realmente, é de tal forma plural o rol de situações em que, pressupostos para a instauração do estado de exceção, se encontra em perigo a segurança/ordem/saúde pública - são essas geralmente as expressões legislativas empregadas pelos textos constitucionais no particular<sup>243</sup> - que, no máximo, ele pode ser “caracterizado como caso de extrema necessidade, como risco para a existência do Estado ou similar, mas não pode ser descrito com um pressuposto legal”. (SCHMITT, 2006, p.8. grifo nosso)<sup>244</sup>.

Neste particular, reconhecendo que “[...] todos os conceitos concisos da teoria moderna do Estado são conceitos teológicos

<sup>243</sup> A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, v.g., utiliza os mesmos expedientes - divididos em duas subespécies: estado de sítio e estado de defesa - para dar legitimidade à adoção de medidas excepcionais. O estado de defesa está regulado no art. 136, em que se faz referência a “ordem pública ou paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza”. O estado de sítio, a seu turno, tem por pressuposto ou “comoção grave de repercussão nacional”, ou ocorrência de fatos que comprovem “ineficácia de medida tomada durante estado de defesa” ou ainda “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”, estando regulado nos arts. 137/139 do mesmo texto constitucional.

<sup>244</sup> De recordar que em Kant o estado de necessidade não é nem mesmo entendido como direito em sentido estrito, mas somente num sentido mais amplo (definido então como direito equívoco), justamente por cuidar-se de uma coação sem direito. Realmente, “o apotegma do direito de necessidade reza assim: ‘A necessidade carece de lei’ [...], todavia não pode haver necessidade alguma que torne legal o que é injusto [...]” (KANT, 2004, p. 42).

secularizados” (SCHMITT, 2006, p. 35), o autor compara o pensamento normativista, com os olhos voltados à normalidade, com o deísmo, que repele qualquer mudança abrupta provinda de situações anormais no campo Da teologia.

Deus, para esta teoria teológica, serviria somente para criação do mundo; após esta, sua intervenção estaria vedada (o milagre estaria proibido), prosseguindo tudo segundo os rigores da lei natural que, doravante, seria automática. Também as posições iluministas (nomeadamente o normativismo) são, no campo político, contrárias a intervenções diretas, impedindo assim que o soberano, longe de instâncias de controle, possa atuar incisivamente.

A exceção, o milagre, a intervenção direta e abrupta, seja no campo do Direito, seja no campo da teologia, estavam proibidos segundo esses rigores. Desta forma, Deus (na teologia) e o Soberano (no direito/política) estariam, conforme aquelas respectivas posições teóricas, impedidos de agir (cada qual, evidentemente, no seu campo de atuação). Era o bastante a criação (criação do mundo por parte de Deus, e criação da ordem jurídica por parte do Soberano). Depois dela o que se processaria era, somente, um reflexo das leis – da natureza e do sistema jurídico – que regem cada uma daquelas realidade, sem que, desta forma, pudesse haver uma interferência externa (divina ou soberana) por sobre aqueles âmbitos da realidade.

Dai, apegar-se Schmitt (SCHMITT, 2006, *passim*) a autores conservadores críticos da Revolução Francesa – De Maistre e Donoso Cortés, por exemplo – na tentativa de dar base à soberania pessoal dos reis, resgatando no campo da teologia, por sua vez, um pensamento teísta apto a fundamentar a direta atuação divina.

Nesta construção teórica, logo se vê que soberano<sup>245</sup> – longe da ética da discussão tão afeita às paisagens normativistas, onde soberania era sinônimo de legislação, de produção legislativa – é bem essa figura

---

<sup>245</sup> Indicando que a definição de soberania de Bodin, freqüentemente citada, tinha por decisivo a inserção da decisão em seu conceito, Schmitt faz notar que “[...] atualmente, não existe nenhuma explicação do conceito de soberania na qual Bodin não seja citado. Contudo em nenhuma passagem se encontra o cerne daquele capítulo da República [... referia-se o autor ao cap. X do 1.º volume da República, em que, ainda segundo o jurista alemão, o autor francês afirma que o soberano somente se vincularia às leis e às promessas feitas até o limite do estado de necessidade, caso em que tal obrigação, segundo princípios naturais gerais, findaria...]. Assim, a competência para revogar a lei vigente – seja de forma geral seja no caso isolado – é o que realmente caracteriza a soberania, de forma que Bodin deduz de tudo isso todas as outras características (declaração de guerra, acordo de paz, nomeação de funcionários públicos, última instância, direito de indulto etc.)” (SCHMITT, 2006, p.9/10).

que, com competências inegavelmente plurívocas<sup>246</sup>, suspende o direito objetivo, aplicando outro Direito (num primeiro momento do pensamento do autor, um direito com base na decisão mesma do soberano, e, posteriormente, um direito com fundamento no ordenamento concreto<sup>247</sup>), como forma de sanar o caos decorrente da anormalidade instaurada.

Soberano é, pois, este que consegue, por meio de sua decisão, findar a absoluta anomia e dar início à regularidade, possibilitando assim que as normas legisladas tenham condições de ser aplicadas; ainda mais, soberano é aquele que, verificada a anormalidade, é apto a suspender a ordem jurídica outrora estabelecida. Deveras, “Ele [...o soberano...] decide tanto sobre a ocorrência do estado de necessidade extremo, bem como sobre o que se deve fazer para saná-lo. [...ele...] se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa *in toto*”. (SCHMITT, 2006, p.8).

### **3.1.3 As influências institucionalistas no seio do pensamento schmittiano: o pensamento do ordenamento concreto**

Se num primeiro momento (a primeira edição da obra Teologia Política data de 1922) Carl Schmitt faz contrapor ao pensamento decisionista o pensamento normativista - seriam esses “[...] os dois tipos de cientificidade jurídica segundo os quais se pode determinar o quanto uma consciência científica resulta ou não da particularidade normativa da decisão jurídica[...]” (SCHMITT, 2006, p. 31) -, já na segunda edição do livro, datada de novembro de 1933, o autor próprio complementa tal classificação:

Atualmente não distinguiria duas, mas três formas do pensamento científico-jurídico, a bem dizer, além da forma normativista e decisionista, ainda a institucional. [...] Enquanto o puro normativista pensa em regras impessoais e o decisionista

<sup>246</sup>Como já dito, é notável que, também o percebeu o pensador alemão (SCHMITT, 2007b, p.74) dispositivos que tratam do estado de exceção declinam como hipóteses de sua incidência circunstâncias absolutamente esponjosas, onde os limites interpretativos não estão bem ajustados.

<sup>247</sup> Em pormenor sobre esse segundo momento, confira-se o subitem a seguir.

realiza, em uma decisão pessoal, o bom direito da situação política corretamente avaliado, o pensamento jurídico institucional desenvolve-se em instituições e configurações suprapessoais. E, enquanto o normativista, na sua degeneração, faz do Direito um simples modo funcional de uma burocracia estatal e o decisionista sempre corre o perigo de, com a funcionalidade do momento, errar o ser que repousa em todo o grande movimento político, um pensamento institucional isolado leva ao pluralismo de um crescimento feudal, sem soberania. De forma que as três esferas e elementos da unidade política – Estado, movimento, povo – podem ser agregados aos três tipos de pensamento jurídico, tanto nas suas formas saudáveis como degeneradas de manifestação (SCHMITT, 2006, p. 4).

E haverá de ser no artigo “Sobre os Três Tipos de Pensamento Jurídico”<sup>248</sup> que as consequências daquele reconhecimento serão destrinchadas em pormenor.

Primeiramente de notar que, uma vez mais, se encontra presente nesta nova classificação contornos de certo historicismo schmittiano. Com efeito, o autor faz considerar que “[...] todas as transformações de um tipo de pensamento jurídico situam-se no grande nexó histórico e sistemático que os insere na respectiva situação de vida política da comunidade.” (SCHMITT, *in* MACEDO JR., 2001, p. 216), indicando

<sup>248</sup> SCHMITT, *in* MACEDO, 2001, p. 161/217. Importa aqui salientar o momento histórico em que produzido o texto. É que, datado de 1934, o artigo diz com período histórico em que, diz-se, Schmitt “já tinha aderido ao social-nacionalismo”. (BILLIER et al, 2005, p. 246). Quanto ao caráter “nazista” do pensamento schmittiano, e à questão relativa a saber até que ponto as idéias do autor embasaram o totalitarismo instalado em terras germânicas – aspetos que, relevantes embora, não constituem objeto do presente trabalho - de ver que há autores (Ibid., p. 238) que sustentam: “[...] as posições políticas de Carl Schmitt [...] o jurista foi presidente da liga dos Juristas nacionais-socialistas, associação perante a qual ministrara palestras, negando-se também a assinar a petição organizada por professores/intelectuais da época em que se requeria a reanálise da revogação de Kelsen, de ascendências judia, da cadeira por este último dirigida na universidade de Colônia...], se não são necessariamente implicadas por suas posições teóricas, pelo menos estão em perfeita coerência com elas”; outros há (MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos Gregos ao pós-modernismo**. trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.364, grifo nosso) em cuja obra se lê: “Carl Schmitt, teórico católico (e posteriormente nazista) do direito, foi um crítico implacável das primeiras tentativas modernas de criar a democracia liberal”. No particular, vejam-se ainda: ZARKA. Yves Charles. **Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Shmitt**. trad. Simone Reggazzoni. Genova: Il Melangolo, 2000; como ainda SCHEUERMAN. W. E. **Carl Schmitt: The End of Law**. New York: Rowman & Littlefield Publishehrs, 1999.

que, assim como o século XVII – época da formação dos Estados modernos em tons absolutistas – fora marcado pelo pensamento decisionista puro encontradiço em Hobbes, bem assim o séc. XVIII teve por expressão jurídica o “normativismo jusnaturalista”<sup>249</sup>, como ainda o séc. XIX, numa combinação do pensamento decisionista e normativista, fora marcado pelo positivismo legalista. A seu turno, o séc. XX passava a requerer “[...] um pensamento do ordenamento concreto e da configuração concreta, que esteja à altura das numerosas novas tarefas da situação do Estado, do povo-etnia (*völkische*), da economia e da visão de mundo, bem como das novas formas comunitárias”. (SCHMITT, *in* MACEDO JR., 2001, p. 216/217).

Presentes inúmeras referências a Hariou<sup>250</sup>, o autor alemão vale-se expressamente da argumentação romaniana<sup>251</sup>, na defesa de que o Direito de cada Estado nacional, radicado essencialmente num fenômeno do mundo do ser, suplanta o mero somatório de normas componentes dos textos legais daquele mesmo ente estatal.

A importância do reconhecimento de que, mais do que regra, o direito é sobretudo algo de concreto [o pensador tedesco, diante da inexistência em vernáculo tedesco da palavra “instituição”, bem como dos inúmeros mal-entendidos e incompreensões que poderiam advir da utilização de tal vocábulo preferira utilizar o termo “pensamento dos ordenamentos/configurações concretas” (SCHMITT *in* MACEDO JR, 2001, p. 208)], tal reconhecimento se dá sobremodo na avaliação da normalidade da situação, regularidade esta que serve para fins de aferição da validade mesma do direito objetivo.

É que, conforme cada um dos tipos de pensamento jurídico, distintas haverão de ser não só as condições político-econômico-sociais que lhe são pressupostas, como ainda “[...] as representações do que podemos considerar situação normal, de quem é uma pessoa normal [...]” (SCHMITT *in* MACEDO JR, 2001, p. 166). Isto é, cada um dos

<sup>249</sup> Representado no pensamento jusnaturalista de Grotius, cujo conceito de soberania, ainda vinculado a conteúdos formadores de certos direitos anteriores ao Estado/Soberano, implicava um jusnaturalismo secularizado, fundado “na faculdade de conhecer e de agir segundo princípios gerais, faculdade cujos atributos não são comuns a todos os seres animados, mas são a essência da natureza humana”. (GROTIUS. Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Coleção Clássicos do Direito Internacional. trad. Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Ijuí, 2004. Vol. I. p. 39/41)

<sup>250</sup> Tanto nas considerações preliminares sobre a segunda edição da obra *Teologia Política* (SCHMITT, 2006, p. 4), como ainda em SCHMITT, *in* MACEDO JR, 2001, p. 176, 205/206 *passim*.

<sup>251</sup> SCHMITT, *in* MACEDO JR, 2001, p. 178. O próprio Romano reconhece a aderência do autor alemão às suas idéias institucionalistas na segunda edição de *L'Ordinamento Giuridico*, publicada em 1946 (ROMANO, 2008, p. 69 – nota 12bis).

modelos de pensamento jurídico, para além de estar vinculados a uma estrutura econômica e social datada, também pressupõe conceitos de normalidade distintos, normalidade esta que, diante do característico situacional de todo o direito, é de suma importância na verificação da validade da *regula iuris*.

Assim sendo, contrapõe-se dois modelos típicos de normalidade: (a) a do pensamento de normas abstratas (normativismo), em que a normalidade/ordem, sempre desgarrada do chão fático (deixado este último não para investigação jurídica, mas sociológica), é vista como o mero arranjo sistemático dos dispositivos legais, garantidor est'último da previsibilidade.

Aqui, separados então juízos de facticidade e normatividade, a ordem/o normal é decorrente, diante do contido nas regras de direito, da possibilidade de previsão que se possa fazer mediante análise sistemática e impessoal do arcabouço jurídico existente. Escreve, incisivo, Schmitt:

É, no entanto, possível imaginar o funcionamento previsível de relações de troca entre pessoas [...] como uma mera função de regras pré-determinadas, previsíveis, genéricas. A sucessão de tais trocas sem atritos, conforme as normas e regras, afigura-se então como 'ordenamento' [...] O trânsito bem regulamentado na rua de uma metrópole moderna fornece a melhor imagem dessa espécie de 'ordem'. Aqui também o último resíduo de dominação e arbítrio humanos, que o agente de polícia de trânsito ainda poderia representar, parece ser substituído por sinais coloridos automáticos, que funcionam com exatidão. Uma esfera da vida cujo interesse está direcionado apenas com vistas à previsibilidade de uma regulação segura, como a ordem de uma sociedade de troca de corte individual-burguês talvez ainda pudesse ser relacionada com tal conceito de ordem (SCHMITT, *in* MACEDO JR, 2001, p. 174).

Ao lado desse modelo de normalidade, prossegue-se, há ainda outro (b), cujos contornos, antes de fazer referência a um regramento qualquer, advêm das próprias circunstâncias de que decorrem. Vale dizer, argumenta Schmitt que há instâncias da vida cuja regularidade só



tem sentido quando encarada não a possível normatividade que lhe atravessa a existência, mas a sua própria existência e o seu modo de ser:

[...tais instâncias dizem respeito...] a todas as áreas da vida que não se configuraram à maneira do trânsito, tecnicamente, mas de forma institucional. Elas possuem seus conceitos do que é normal, tipo normal, e situação normal em si mesmas, e o seu conceito de normalidade não se esgota, como em uma sociedade tecnicizada de trânsito, em ser função calculável de uma regulamentação normatizante. Elas possuem uma substância jurídica própria, que decerto conhece também regras e regularidades genéricas, mas somente enquanto emanção dessa substância, a partir do seu ordenamento concreto próprio, interior, que não é a soma daquelas regras e funções. (SCHMITT, *in* MACEDO JR, 2001, p. 174).

O autor comprova a existência dessa normalidade trazendo à tona as conhecidas cláusulas genéricas - existentes em qualquer sistema legal (mesmo quando o normativismo insista em tentar deli-las), destituídas de definição legal: “*bonus pater familia*” (no direito de família), “soldado corajoso” (no regime administrativo), “boa-fé subjetiva” (no particular contratual) etc. – cujo fulgor jurídico transpassa a mera descrição de um tipo legal, ou de uma prescrição contratual qualquer.

A normalidade que atravessa tais expressões dando-lhes conteúdo, não há enfeixá-la dentro de um conceito pré-determinado, de forma que o mero disciplinar legal passa a ser critério incapaz de evidenciar-lhes os rigores. Deveras, saber se em tal ou qual caso o varão portou-se como um *bonus pater familia*, saber se aqui ou ali atuara o agente honradamente, ou com boa-fé, tudo isso é atividade a ser levada a efeito por quem conhece, mais do que o que se contém num texto legal, os contornos que desenham os deveres e direitos que se instituem, respectivamente, no seio familiar ou no negocial em que havido o ato jurídico em questão.

Indicando outros ramos do direito em que incidentes tais cláusulas abertas<sup>252</sup>, o autor alemão faz demonstrar ser nelas que [...]

---

<sup>252</sup> Schmitt (SCHMITT, *in* MACEDO JR, 2001, p. 210/214) dá uma série exemplos desses novos tipos legais concebidos como “indeterminados”, em ramos do Direito de vão desde o

“um novo modo do pensamento jurídico se pode afirmar. Mas elas não devem então ser usadas como mero corretivo do positivismo até agora existentes, mas como meios específicos de um novo tipo de pensamento na ciência do direito.” (SCHMITT *in* MACEDO JR, 2001, p. 210). Tudo isso como um modo de, trespassando a sistematicidade do dever-ser de que lançam mão os normativistas, possibilitar a realização da justiça (palavra ademais como que temida pelos formalistas), justiça talhada no concreto, na “[...] realidade concreta de uma relação vital [...]”. (SCHMITT *in* MACEDO JR, 2001, p. 212).

Portanto, se é uma decisão do soberano que põe fim ao caos e faz instituir a ordem necessária à validade das regras de direito, Carl Schmitt vale-se da obra romaniana para, nesse segundo momento, revelar que a ordem por ele mencionada é antes de tudo ordem concreta (diria Romano ‘ordem institucional’), ordem esta que funda, sustenta e confirma as regras postas no texto legal.

Uma vez alterada essa mesma ordem – essa normalidade concreta – logo se vê que as normas que dele decorriam passam a não mais enfeixar razão de ser, tocando ao soberano não só a verificação desse descompasso entre direito normatizado e a concretude que lhe embasa, como ainda a adoção das medidas necessárias para que a situação anormal, excepcional, seja solvida<sup>253</sup>.

Então, elementos decisionistas passam a combinar-se com outros de color institucionalistas (como já anotado, o próprio jurista tedesco tem noção da descaminhos que o uso exclusivo de um só dos tipos de pensamentos jurídico pode levar). Vale dizer, o soberano por meio da decisão que extingue o caos – aí o elemento decisionista – faz estabelecer a ordem, e, nessa mesma ordem, florescem as instituições – eis então o elemento institucionalista -, cujos contornos são, ao mesmo tempo, derivados da normalidade (resultante est’última da decisão soberana que pôs fim ao caos) e dela garantidores (é somente porque a dinâmica social se dá conforme as instituições que existe a ordem ratificadora das regras de direitos).

---

Direito Penal, até o Direito Tributário, passando pelo Direito Administrativo e pelo Direito do Trabalho.

<sup>253</sup> A interpretação do pensador germânico acerca da *quaestio* de saber quais são os poderes do soberano para solucionar o estado de exceção, de consultá-la, segundo a exegese dada pelo autor a parágrafos e alíneas do art. 48 da Constituição de Weimar, *in*: SCHMITT, 2007b, p.75/90. Notem-se, aliás, os seus contornos sempre mui alargados (que vão, por exemplo, desde a revogação de alguns direitos fundamentais, passando pela expedição de medidas que toquem matéria reservada à competência estadual, ou que digam respeito a leis financeiras).

Evidentemente, essas ordens concretas não estão de todo soltas em sua existência, mas se recompõem em unidade no movimento, o qual, por meio do seu líder (líder do movimento), assegura a unidade política – o autor, aliás, anota que um pensamento jurídico que somente levasse em conta a existência dessas ordens plurais fatalmente haveria de cair na armadilha de pluralismo de ordenamentos que, à semelhança da política liberal, em nada colaboraria para a unidade estatal.

A relação entre este “pluralismo institucional” e o decisionismo schmittiano dá-se exatamente nos moldes já expostos: a decisão é que, dando à luz normalidade, torna possível a existência das instituições (torna possível que, diante dessa ordem, o fenômeno jurídico nasça, mesmo quando suas fontes e conteúdos sejam absolutamente plurais)

Essas instituições, divergentes umas das outras em seus respectivos modos de ser, são como que reunidas abaixo do poder soberano que é o competente para: (a) verificar se a situação concreta já não é mais possível de ser regrada conforme os rigores que (postos num texto legislado) dimanam das instituições; e, uma vez conferida tal circunstância, (b) suspender toda aquela ordem outrora existente (aí entendidos os ordenamentos concretos), tomando as atitudes que entender necessárias com o fito de delir a situação excepcional.

Essa relação entre o pensamento decisionista e o institucionalista há de era vista em seus rigorosos termos, porém: somente de modo secundário, em Carl Schmitt, as instituições derivam da decisão do soberano, sem que haja uma ligação direta e imediata entre elas. Vale dizer, a decisão, assim como não faz nascer propriamente normas, não faz nascer diretamente a instituição, mas somente concede condições para que est’última, dando base para as regras do direito objetivo, possa efetivamente existir. A decisão do soberano – de traços absolutamente subjetivos e arbitrários<sup>254</sup> – finda o caos, estabelece a ordem e nela – nessa ordem – as instituições, nascidas da normalidade e dela garantidoras, passam a vigorar.

Nesse passo, eis os dizeres de MACEDO JR:

Para Schmitt, o institucionalismo depende do decisionismo não quanto ao conteúdo, mas quanto à validade. Na situação de

---

<sup>254</sup> Perceba-se que o corte objetivista na teoria de Schmitt funda-se, em última medida, no mais amplo e desabrido subjetivismo, porque é a vontade do soberano, a nada se submetida, que assegura a validade jurídica de todo o ordenamento, mesmo aquele, como indica Schmitt, de feições concretas.

normalidade, valem as instituições como fonte do ordenamento concreto. O soberano dorme, a decisão é pressuposta. [...] No momento de crise, de exceção, o poder soberano decide e determina o critério de validade do direito. [...] O ‘Pluralismo de Schmitt’ – se é que a expressão, de intenção didática, não é por demais chocante e fonte de outras confusões – refere-se às fontes de conteúdo normativo. O monismo schmittiano refere-se ao fundamento de validade do sistema jurídico. [...] O Estado e o poder soberano são os únicos poderes absolutamente independentes. A subordinação das instituições que formam o “ordenamento concreto” se revela no fato de que toda a instituição, em última instância, deve ser autorizada ou tolerada pelo poder soberano. Nenhuma instituição, por mais que se admita que venha a adquirir uma vida própria no estado de normalidade pode se constituir num limite ao poder do Estado tal como posto pelo pensamento político e jurídico liberal. As instituições, a despeito de terem vida própria e autônoma, não se constituem num contrapeso ao poder do Estado. (MACEDO JR, 2001, p. 130/131).

Por força dessa superioridade exercida, estaria afastado o risco não só do pluralismo medieval, incongruente ademais com o conceito de soberania, como ainda do pluralismo partidário-liberal que, em conformidade com a ética da discussão, é incapaz de decidir.

Quanto à superioridade exercida pelo Estado por sobre outras espécies de ordenamento, é preciso notar ainda alguns pormenores que constituem o pensamento do jurista no particular. Primeiramente, a consideração schmittiana, crítica ao liberalismo, de que o Estado “não mais se subdivide em dois membros de Estado e sociedade, mas estrutura-se em três séries de ordenamentos, segundo Estado, Movimento e povo. Enquanto série especial de ordenamento, o Estado não detém mais o monopólio do político, mas é apenas um órgão líder-comandante do movimento”. (SCHMITT *in* MACEDO JR, 2001, p. 216).

Extinto, pois, o dualismo ‘povo *versus* Estado’, é o *Fürher* (líder do movimento nacional-socialista) quem, então, passa a fazer a mediação plebiscitária (o plebiscito, já se anotou, é a única forma de representação legítima) entre aqueles dois âmbitos que, não mais

contraditórios, interpenetram-se. Mediante princípios como o da obediência, fidelidade, honra disciplina – Carl Schmitt é grande “entusiasta” de instituições como o exército (SCHMITT, *apud*, MACEDO JR., 2001, p. 72) - tanto o povo quanto o Estado, jamais olvidada a superposição que entre eles se dá, passam a ser regidos pela batuta do líder, tudo como comprovação da unidade política nacional-socialista. Daí Macedo Jr referir-se a est’última por qualquer um dos termos: “tanto Estado, povo como movimento” (MACEDO JR, 2001, p. 71).

É esse alinhavo de representatividade, essa identificação entre líder e Estado, e entre Estado e povo que possibilitou que a figura do *Führer* enfeixasse para si a vasta gama de poderes que, numa democracia como aquela entendida pelo jurista alemão, deu azo ao mais absoluto antiformalismo<sup>255</sup>, em que a mera vontade do Líder – representante do povo – exposta por meio de palavras passava a ter força de lei<sup>256</sup>.

Registrado que Billier *et al* fazem indicar o alinhamento entre este Estado qualitativamente total - transformado agora em órgão do líder – e a ideologia nazista (BILLIER et al, 2005, p. 48), digno outrossim de registro que, diante do modo pelo qual o autor tedesco faz uso das idéias de Romano, o grande contorno teórico que se ajusta ao ideário nazista, menos do que a concepção institucionalista<sup>257</sup>, é sobretudo esse alinhavo representativo entre líder e sociedade, essa

---

<sup>255</sup> Confira-se, neste sentido, o artigo “O Führer Protege o Direito” (SCHMITT, *in* MACEDO JR, 2001, p. 219/225). Nele, comentando o discurso de Adolf Hitler no *Reichstag*, parlamento de então, em 13 de julho de 1934, Schmitt, diante de supostas traições cometidas por sublíderes do movimento, defende poderes judicantes ao líder, como que a desprezar a liberal separação dos poderes.

<sup>256</sup> Se, num primeiro momento (de 1933, data da chegada de Hitler ao poder, até os idos de 1939), houve respeito ao formalismo jurídico típico das democracias, a partir de então “a elaboração das leis respeitará cada vez menos as formas e fronteiras entre decreto-lei, regulamento e lei. Essa situação chegou a píncaros tais de informalidade que mesmo os juristas mais destacados da época chegaram a aceitar como juridicamente válida uma mera declaração verbal de Hitler. Ainda mais grave, cada vez menos a legislação era submetida à necessidade de publicação no diário oficial”. (DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus Inimigos: a Repressão Política na história do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 248, grifo nosso). Sobre esse processo de decomposição, no direito penal, de garantias individuais por meio do uso de chavões como “povo alemão”, sangue alemão” e quejandos, tudo por força da crença em que a palavra do líder estava a representar o *Geistvolk* (espírito do povo), veja-se: *Ibid.*, p. 244/264.

<sup>257</sup> De resto, aceita por autores coetâneos que a conjugam com posições políticas democráticas. (DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Diritto Costituzionale. Istituzioni di Diritto Pubblico**. 13 ed. Napoli: EJ. 1983.

absoluta identidade entre sociedade e Estado, e essa absoluta homogeneidade entre os indivíduos.

Aqui se percebem, então, as semelhanças entre os teóricos, porque em ambos os autores, apesar do reconhecimento da juridicidade dos ordenamentos, está presente a premissa teórica de que é o Estado uma organização superior que une e contemporiza as organizações menores. Com efeito, já em 1909, não é outra a admoestação constante de *Lo Sato Moderno e La sua Crisi* (ROMANO, 1969, p. 24) senão a de advertir que a consciência desta realidade – do surgimento de várias organizações menores – seria a única forma de, harmonizando-as, impedir retrocessos políticos em direção ao pluralismo medieval.

Vale dizer, tanto em um quanto em outro autor, o Estado é sempre a instituição última que de alguma forma organiza e compõem as outras que, menores que ele, têm consigo maior expressão social, a bem revelar a influência, reciprocamente reconhecidas ademais, existente entre eles.

Se as razões com que trabalha Schmitt para crítica ao liberalismo e se mesmo a teoria decisionista schmittiana não seriam subscritas por Santi Romano, tal circunstância não impede de perceber os traços críticos com que os autores se voltam ao modelo de Direito moderno, quer na severa oposição ao formalismo normativista, quer ainda no corte anti-individualista de suas propostas.

### 3.2 PAOLO GROSSI – UMA HISTÓRIA DO DIREITO, UMA TEORIA DO DIREITO

O pensamento de Paolo Grossi<sup>258</sup> volta-se a vários caminhos da cultura jurídica, deitando atenções por sobre distintas facetas do fenômeno jurídico.

Sem a pretensão de uma classificação total do pensamento do autor – intenção de todo perigosa diante da possibilidade de reducionismos em obra tão original e, ao mesmo tempo, repleta de especificidades –, o presente opúsculo, por necessidades metodológicas,

---

<sup>258</sup> Atual Ministro da Corte Constitucional da República Italiana, e lente que dedicara a vida à docência de História do Direito desde 1960 em Siena, até estabelecer-se em Florença - onde se aposenta em 2006 depois de mais de trinta anos de carreira acadêmica -, Paolo Grossi, em sua biografia, pode ser conhecido por meio de ricos esclarecimentos constantes da apresentação de Arno Dal Ri Júnior feita à obra: GROSSI, P. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 9/19.

vale-se no particular de esquema exposto por Ricardo Marcelo Fonseca<sup>259</sup> na apresentação de livro publicado no Brasil onde se reúnem textos expressivos do pensamento do historiador.

Aí, mencionado historiador brasileiro, revisitando alinhavo talhado por Tomás y Valiente<sup>260</sup>, propõe a divisão do caminho trilhado pelo jurista em três grandes eixos: a) a reflexão sobre o direito medieval<sup>261</sup>; b) as consequências jurídicas da Modernidade, em especial o chamado absolutismo jurídico<sup>262</sup>; e c) a análise historiográfica do

<sup>259</sup> Cabem aqui as palavras do próprio autor paranaense na apresentação da obra: “Faz-se a ressalva de que é impossível ‘esquematizar’ a rica e prolífica produção do nosso autor, certamente fugidia a classificações e enquadramentos simplistas como também cheia de nuances e temáticas que estão fora destes grandes eixos” (GROSSI. P. **História da Propriedade e outros Ensaios**. trad. Luiz Ernani Fritoli et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2006). Como se verá em seguida o autor propõe a indicação de três grandes eixos como forma de bem entender o “continente teórico onde viaja Paolo Grossi”.

<sup>260</sup> Tomas Y Valiente, ex juz da Corte Constitucional espanhola, fez esquematizar o pensamento do autor italiano em três grandes blocos: I) o estudo do ordenamento da Igreja católica primitivo-medieval; II) a análise da instituição propriedade, e do modo como, na história, o homem relacionou-se com as coisas/objetos; e III) a análise das consequências jurídicas da Modernidade e o papel do jurista, em especial do historiador do direito, e da ciência do direito perante elas (GROSSI. P. **El Orden Jurídico Medieval**. trad. Francisco Tomás y Valiente et al. Madrid: Marcial Pons, 1996).

<sup>261</sup> Em que se situam obras como: GROSSI, 1996, p. 39/248; Id. *Un diritto senza Stato. La Nozione di Autonomia come Fundamento della Costituzione Giuridica Medievale*. In Id., (org). **Absolutismo Giuridico e Diritto Privado**. Milano: Giuffrè, 1998. Neste passo, identificada como civilização intimamente jurídica (Id. *Sistema Jurídico Medieval e a Civilização Medieval*. in Id. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010b, p. 19), a Idade Média, sobretudo a Baixa Idade Média (Séculos. XI e XV), reflete a existência de um Direito que “[...] está muito pouco nas mãos do príncipe, o qual dele se ocupa unicamente no que se refere a setores conexos ao exercício do poder supremo, e tem só muito parcialmente um caráter legislativo, restando prevalentemente manifestações jurídicas entregues aos usos. Usos imemoráveis que encontram definição técnica por parte dos juízes, tabeliães, de *doctores*, ou seja, de cientistas e mestres” (Ibid., p. 25).

<sup>262</sup> A expressar a redução no fenômeno jurídico ocorrida após as revoluções burguesas do fim do século XVIII, em especial no que tange a necessária vinculação - jamais neutra e imparcial, mas dotada de grande serventia ideológica a determinados seguimentos sociais - entre o Direito e o poder estatal, como forma de ceifar o jurídico da espontaneidade reinante no medievo: “Minha modesta voz [...] estas são palavras do próprio Grossi...” tinha por finalidade modestíssima, mas que me parecia sacrossanta: chamar a atenção também para a outra face daquela cabeça bifronte que é a codificação do direito privado (manifestação primeira e suprema do moderno direito burguês) e a geral panlegiferação, [...] como ainda... assinalar, livre da insuportável retórica pós-revolucionária, as suas múltiplas implicações, inclusive negativas, para a história do direito moderno, justamente graças ao seu caráter fundamental de monopolização por parte do Estado do mecanismo de produção do direito privado, que uma tradição antiga e nunca desmentida tinha quase inteiramente deixando na órbita dos privados” (GROSSI. P. *Absolutismo Jurídico (ou da riqueza e da liberdade do historiador do direito)* in Id., 2006, p. 127/128). Quanto a este último “eixo”, ao lado do já mencionada coletânea de artigos, confirmam-se: Id., *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004; igualmente Id., 2008, p. 1/106; Id. *O Direito entre*

instituto da propriedade, com especial destaque a reformulação sofrida pelo conceito quando da virada da Idade Média para a Modernidade<sup>263</sup>.

Com base nessa classificação – que, repita-se, não almeja completude<sup>264</sup> – é que será feita a mediação entre Romano e Grossi, sobretudo no que toca ao já referido segundo eixo, quando então o est’último vale-se das lições institucionalistas para, com o instrumental do historiador do direito, exercer o mister que, ao olhos de Paolo, lhe é natural

É nessa empreitada que, adianta-se, o autor lança mão dos ensinamentos romanos, sobretudo como forma de, partindo de soluções institucionalistas, relativizar certas conquistas da Modernidade Jurídica que, com o passar de mais de duzentos anos, foram como que sacralizadas e descoladas do seu chão social, dando-lhes contornos como que eternos.

Estudar o cruzamento dessas idéias (sobretudo se se tiver em conta a distância histórica entre os autores e as distintas áreas do conhecimento jurídico sobre as quais ambos deitam suas respectivas atenções), analisando em que medida se deu a influência romana por sobre os escritos grossianos, eis aí a intenção deste tópico do trabalho.

É, *incontinenti*, o que se passa a fazer.

---

Poder e Ordenamento in Id. O Direito entre Poder e Ordenamento. trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010a, p. 93/136.

263 São in litteris as palavras do jurista, a fim de destacar a distinções entre a(s) propriedade(s) (fenômeno que diz sobretudo com a mentalidade jurídica) nesses distintos momentos históricos: “A propriedade, que renega as soluções medievais do pertencimento e que podemos convencionalmente qualificar de moderna, é desenhada a partir do observatório privilegiado de um sujeito presunçoso e dominador, é emanção de suas potencialidades, é instrumento de sua soberania sobre a criação: uma marca rigorosamente subjetiva a distingue, e o mundo dos fenômenos, na sua objetividade, é somente o terreno sobre o qual a soberania se exercita; não uma realidade condicionante com as suas pretensões estruturais, mas passivamente condicionada. A quem nos perguntasse qual seu traço característico, não invocáramos nem a idéia de potestas plena nem a de ius excludendi; ao contrário, proclamáramos alto e forte que, enquanto o medieval da propriedade consistia na organização da sua complexidade e na valorização da sua natureza composta, já o moderno da propriedade está todo no descobrimento de sua simplicidade” (Id. A propriedade e as Propriedades na Oficina do Historiador in Id. 2006, p. 66/67).

264 Sem dúvida, v.g., o esquema do professor paranaense poderia contemplar as segundas incursões do autor na tentativa de, olhos voltados ao fenômeno da globalização, tentar-lhe fornecer bases jurídicas (Id. Globalização, Direito e Ciência Jurídica in Id. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010c, p. 67/91). Este último tema, a propósito, bem revela o papel que o historiador do direito há de ter: conhecendo o passado, toca-lhe dar soluções para os problemas/ambigüidades que o atual paradigma jurídico apresenta, trazendo à tona criticamente silêncios que os acostumados somente ao hoje – à sua avassaladora ditadura – não conseguem perceber.



### 3.2.1 A análise do historiador sobre a Idade Média

Esclarecedor, desde já, pontuar o papel do historiador do direito na concepção grossiana. É que, para o autor, muito mais do que a erudita indicação da ocorrência dos fatos na linha da história, muito mais do que a culta revelação dos antecedentes históricos de tais ou quais institutos jurídicos – propriedade, contrato, família, testamento etc. – o papel, o principal papel do historiador do direito é servir como instância crítica junto às concepções que, mesmo sem saber, o jurista do direito positivo (o atual jurista do direito positivo) carrega consigo.

O próprio Paolo - explicitando que, interessado primeiramente na temática relativa à propriedade e aos direitos reais, viu-se mais tarde entremeadado na necessidade de relativizar a propaganda moderna desfraldada quando do bicentenário da Revolução Francesa – faz precisar os motivos da extraordinária variedade de temas e questões por ele enfrentadas:

[... Referindo-se aos anos de 1987/88....] não tinha dúvidas – primeiramente eu – de que se deveria destacar aquilo que considero um dos eventos essenciais da história jurídica moderna; mas me parecia que, em relação a ele, com uma postura crítica, deveriam ser trazidos à tona também os lados obscuros, os lados negativos. [...] A minha voz foi deliberadamente provocativa, mas tinha um só escopo: reclamava ao historiador do Direito um proceder mais crítico, isto é, um proceder mais complexo, que valorasse todas as forças em jogo e todos os resultados. A codificação: um enorme momento da história jurídica do continente europeu [...] não há dúvidas de que houve consequências certamente positivas. Apenas digo eu: queremos fazer um balanço em toda a sua inteireza, feita de um ativo e de um passivo<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> Livre tradução do original: “Non avevo dubbi – io, per primo – che si dovesse mettere in rilievo quello che ritengo uno degli eventi capitali anche della storia giuridica moderna; ma mi sembrava che in questo grande evento, con un atteggiamento critic, si dovesse essere chiamati a valutare anche i lati oscuri, i lati negativi [...]. La mia voce è stata volutamente provocatoria, ma aveva un solo scopo: reclamava per lo storico del diritto un atteggiamento

Vale dizer, mais do que desenterrar o passado e dar-lhe um alinhavo de racionalidade, mais do que a descrição culta e pormenorizada dos eventos históricos toca ao historiador do direito, usar esse passado para colocar os fatos históricos em seu devido lugar, como forma de relativizar conquistas que, datadas, podem ser encaradas como absolutas por quem não detém a noção arqueológica de que dispõe o historiador. É sobretudo esse papel crítico exercido sobre idéias/institutos/concepções que muitas vezes são desenhados como certos e inquestionáveis pelo juristas do direito positivo; esse mister de ruptura da visão linear que, abstraindo conceitos, desgarra-os metafisicamente dos fatos que lhes dão razão de ser, tudo isso é a missão primeira, posto que não única<sup>266</sup>, do historiador do direito.

E é então que a Modernidade Jurídica vem a ser um dos principais objetos<sup>267</sup> da relativização proposta por Grossi, cuja base tem suas atenções voltadas à civilização medieval, mais especificadamente ao sistema jurídico medieval.

---

*maggiormente critico, cioè un atteggiamento più complesso, che valutasse tutte le forze in gioco e tutti i risultati. A codificazione: un enorme momento della storia giuridica del continente europeo [...] né ho dubbi che ebbe delle conseguenze certamente positive. Io dico soltanto: vogliamo vedere un bilancio in tutta la sua interezza, cioè, fatto de in attivo e di uno passivo"* (BELLONI Ilario; RIPEPE, Eugenio. **Incontro con Paolo Grossi**. Pisa: Plus-Pisa university press, 2007, p. 28).

<sup>266</sup> Veja-se ainda o que o autor, depois de expor essa mesma função do historiador do direito, faz considerar: "O historiador também pode esconder-se atrás de outro papel, o de erudito conhecedor do passado próximo e remoto. Papel que não hesito em considerar – em relação ao primeiro [...aquele de consciência crítica do operador do direito...] – nobre, mas menor e, no fundo, a que se pode renunciar". (GROSSI, 2004, p. 11).

<sup>267</sup> Também o mito de que o *Code Civil* napoleônico trouxe à tona o clássico modelo moderno de propriedade privada é descomposto criticamente por Grossi, que, olhos voltados à propriedade medieval (GROSSI P., **Il Dominio e Le cose**. Milano: Giuffrè, 1992), ultrapassa a exegese literal do art. 544 do mencionado Código, voltando atenções ao sistema de que composta a codificação de 1804, para então concluir que, homem de transição, o legislador napoleônico não se conseguiu desvencilhar totalmente das influências medievais na formulação do conceito de propriedade: "Que queremos então dizer? [...] queremos somente constatar que sob o tremular de novas bandeiras a velha mentalidade jurídica encarnada em certa construção do sistema dos direitos reais não foi de todo apagada, e coexiste desarmonicamente com a nova ideologia oitentanovista da qual claramente o Código é portador; talvez mais ao nível inconsciente (que é o típico das mentalidades), todavia os velhos esquemas interpretativos e construtivos, os velhos arsenais aos ossos e ao coração desses *homines novi*, e o sistema do direito codificado revela algumas significativas desfiaduras, algumas não desmentíveis incoerências. (Id. A propriedade e as Propriedades na Oficina do Historiador in Id. **História da Propriedade e outros Ensaios**. trad. Luiz Ernani Fritoli et all. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2006a, p. 80).

Este, uma vez resgatado do limbo de mera idade de transição entre o antigo e o moderno<sup>268</sup>, passa a ser visto como um sistema de íntima relação com o fenômeno jurídico, que, espontâneo e desgarrado de amarras derivadas do poder político-institucional, vê-se então exposto em sua onticidade<sup>269</sup>.

É que, inexistente o Estado naquele momento histórico<sup>270</sup> de absoluta incompletude e precariedade do poder político, não há unidade

<sup>268</sup> Para uma análise densa do período histórico - iniciado no séc. IV/V d.C. e, num processo de erosão que tem bases já no século XI, findo no século XIV – veja-se (Id., 1996, p.59/96). O autor divide tal momento histórico nestas fases: Primeira Idade Média (até o final do século XI), marcada por linhas profundamente agrárias e estáticas, e, do século XI até o séc. XIV, a segunda Idade Média, mais madura, onde se observa o nascimento dinâmico de relações econômicas mais alargadas. Ponto comum entre ambos os momentos, contudo, é a timidez do o príncipe em matéria legislativa, sempre preocupado mais em manter o direito já existente do que inovar-lhe o conteúdo. Nesse segundo momento é que vem à tona um Direito que, derivado da exegese que os acadêmicos fazem de textos romanos e canônicos, ia ao encontro das ordens jurídicas locais, como forma de aquilatar-las. É o *Ius Commune* que, retirando sua legitimidade e obediência da sua proveniência científica (jamais política), “[...] foi substancialmente obra criativa de sábios que, conscientes e vigilantes de seu papel ativo, fizeram-se mediadores entre textos respeitáveis e necessidades da sociedade a eles contemporânea, elastecendo com desenvoltura a rigidez textual com relação às necessidades emergentes e construindo um direito substancialmente novo” (GROSSI, 2008 p. 46.) A mesma distinção entre dois períodos dentro da mesma e uma Idade Média, de conferi-la in Id., 2007a, p. 11/64).

<sup>269</sup> Na obra grossiana, tal substantivo está a salientar “o seu [...] caráter de dimensão profunda da sociedade, nesse compenetrado, que, de baixo para cima, em um pupular de usos faz emergir com fidelidade à superfície, constituindo de tal modo a salvação histórica da indisciplinada, desordeira, inquieta cotidianeidade social e política”. (Id., 2010b, p. 26)

<sup>270</sup> Sobre o uso do termo Estado, que carrega consigo inevitáveis pressupostos modernos de onipresença e “compactidade”, para aquele momento histórico, Grossi é bem claro: “Se quisermos evitar generalizações indevidas com uma grave herança de mal-entendidos, o remédio é simples: reconhecer que a experiência medieval se desenlaça e se desenvolve num vazio estatal e que o Estado é o grande ausente. Tal fenômeno libera este tipicíssimo espaço histórico de hipotecas desviantes e permite uma compreensão das mais corretas”. (Id., Da Sociedade de sociedades à insularidade do Estado entre Medieval e Idade Moderna. In Id. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010d, p. 49). O Direito advindo do príncipe, incapaz de alcançar relações privadas, limitava-se às Leis Fundamentais (relativas à sucessão do trono e quejandos), a algo que se assemelha ao atual direito penal e tributário (ligado sobretudo a formas de arrecadação) e outros assuntos em que manifesto o interesse do príncipe. Jamais negada a existência deste último, o que importa sublinhar é que não tinha sua figura a pretensão de, como haverá de ocorrer na Modernidade, disciplinar soberanamente as relações sociais (incluído aí o particular jurídico). De fato, “Se Napoleão, príncipe moderníssimo, é antes de tudo legislador, o Príncipe medieval é antes de tudo juiz, juiz supremo do próprio povo, e, mesmo se se dedica a produzir leis, não percebe nesta produção sentido e sinal de supremacia. A essência do seu poder se encarna numa *iurisdictio* que certamente é síntese de diferentes potestades, mas em que se acentua uma típica dimensão judicial”. (Id., 2010b, p. 25/26). Para um estudo pormenorizado da *iurisdictio* no medieval, consulte-se: COSTA, Pietro. **Iurisdictio. Semantica del Potere Politico nella Publicistica Medievale**. Milano: Guiffre, 2002.

política capaz de apropriar-se do fenômeno jurídico, então gerado por meio de usos e costumes, de “[...] fatos da vida cotidiana [...que...] sobretudo graças a sua duração no tempo adquirem por si próprios uma carga normativa, sem que seja necessária a intervenção de um poder público para dar autoridade e para garantir a obediência” (GROSSI, 2010b, p. 29).

Dai o pluralismo<sup>271</sup> que caracteriza a experiência jurídica<sup>272</sup> do momento histórico, num coexistir de distintas ordens jurídicas autônomas<sup>273</sup> (dotadas de especiais foros e tribunais), da qual derivava a necessária complexidade da paisagem jurídica:

<sup>271</sup> Quanto ao pluralismo jurídico medieval, consulte-se ainda: HESPANHA, 2005, p. 161.

<sup>272</sup> *In litteris* eis as palavras do autor: “Eu acredito firmemente que a história jurídica seja uma cadeia de várias experiências jurídicas, entendendo por este último sintagma uma guisa peculiar de sentir, viver, conceber o direito, precisando também que se trata de uma cadeia marcada mais por descontinuidades do que por continuidades. (GROSSI, 2010b, p. 20). A expressão ‘experiência jurídica’ é de Capograssi - (1889/1956) filósofo e jurista italiano de grande influência no pensamento grossiano - e intenta apontar, nas preocupações dest’último autor, para a face viva do Direito. Com efeito, quando a consciência comum - do homem comum, do popular - recebe a norma estatal transformando-a em fato da vida, tal processo, mais do que uma mera obediência derivada da subsunção - mais do que isso -, opera uma verdadeira modificação daquele inicial texto legal, como forma de alterá-lo e ainda superá-lo, numa dinâmica cujo processar faz com que o Direito seja assumido como algo vivido pelo homem, que dele mesmo faz parte. CAPOGRASSI. G. Saggio sullo Stato *In* Id. **Opere**, Milano, Giuffrè, 1959, vol. 1).

<sup>273</sup> Vocábulo - autonomia - que, para fins de acordo semântico, há de ser diferenciado tanto de hierarquia como de soberania. Hierarquia - mesmo quando se pensa na relação entre o *ius commune* e os *iura propria* - é conceito que traz consigo carga mui moderna, e, assim, incompatível com o que se dava naquele momento histórico: “[...] Aqui se trata, ao contrário, de mais ordenamentos co-existent e co-vigentes em um mesmo território; e a soberba orgulhosa dos legisladores modernos convencidos de sua autosuficiência vem substituída pela humildade do legislador estatutário medieval, que fixa na redação do estatuto as normas que na sua opinião são as mais relevantes e urgentes pra a vida da comunidade local, mas que tem também a humildade de admitir implicitamente a insuficiência do conjunto normativo instituído e apela expressamente a uma outra ordem, que dele não emana, mas que circula pelas estradas de Florença, mesmo se não é produto do poder político citatino”. (Id., 2010a, p.37). Autonomia, por seu turno, “[...] é conceito marcado por uma intrínseca relatividade; um ente autônomo é sempre uma potestade limitada no centro de uma tecido de relações de onde derivam vantagens e condicionamentos, é sempre chefe de uma *relatio ad*, que, longe de isolá-lo em uma completa independência, o faz ao mesmo tempo independente e dependente, conforme os outros entes a quem se reporta” (Ibid, p. 10). Realidades bastante diversas do significado, temporalmente moderno, de soberania que, muito embora citada em textos medievais (aí, conforme cautela metodológica, para designar algo absolutamente distinto do que hoje quer significar), tem hodiernamente o sentido de independência, de poder de colocar o seu Direito sem depender de ninguém. Quanto à distinção ‘soberania’ *versus* ‘autonomia’, veja-se: Id., 2010d, p. 52/54. De fato, quer parecer evidente que se o autor rejeita a utilização do termo ‘Estado’ em tempos medievais (tudo a fim de não contaminar, na medida do possível, a interpretação feita da Idade Média pelos valores hoje reinantes), não haveria, senão em prejuízo de sua coerência metodológica, aceitar o uso de soberania - conceito, repita-se, visceralmente coligado à Modernidade - para aquele mesmo momento histórico.

Se a livre cidade produzia sua normatização como estatuto, no mesmo território poderia haver – como, de fato, havia – outros agregados como normais produtores de direito: os clérigos que desde os séculos usufruíam de um direito próprio e peculiar, o direito canônico; a poderosa comunidade dos mercadores, portadores de costumes e estatutos autônomos; mas também relíquias do velho estamento feudal, meticulosamente observados por costumes especialíssimos recolhidos – da metade do século XII em diante – nos chamados *Libri Feudorum* (GROSSI, 2010b, p. 35).

Tal riqueza jurídica – expressa num somatório de distintos direitos que nascem das forças sociais, advindo de baixo, calcados que estão no que consuetudinariamente ocorre – recebe suas respectivas roupagens técnicas por obra de intérpretes que, longe de ser homens de teoria, são em verdade “[...] o aplicador prático, o juiz ainda mais o notário, pobre de técnica jurídica porém rico de sensibilidade e sobretudo disponível para “inventar” grosseiras mas eficazes formas jurídicas capazes de responder às necessidades” (GROSSI, 2008, p. 44).

Essa exagerada divergência de direitos, cada um deles a reger uma parte da vida das pessoas, vem a ser unificada, pois, não por uma unidade política, como de qualquer forma haverá de dar-se em tempos modernos, mas sobretudo por uma unidade jurídica<sup>274</sup>, porquanto é ao lado dessa grande massa de ordens jurídicas que se coloca sobretudo a partir do século XII a tradição *do ius commune*, a servir de espinha dorsal convergente de todo aquele rico aparato jurídico decorrente das movimentações sociais criadores do fenômeno jurídico.

De fato, é o *ius commune*<sup>275</sup> que haverá de suprir eventuais insuficiências daqueles direitos locais, preocupados que estavam com o

<sup>274</sup> Daí defender o historiador que, à vista de um possível esfacelamento decorrente não só do pluralismo como ainda da inexistência de uma unidade política forte, “[...] a salvação desta civilização [...] da civilização medieval...” encontra-se, sobretudo, no Direito”. (Id., 2010d, p. 51).

<sup>275</sup> Sobre ele, em pormenor, veja-se a análise grossiana - tratando-o como um direito produzido pelos juristas, sobretudo por grandes juristas de grandes universidades européias, numa relação entre o antigo texto escrito e as novas exigências da época; desconhecido, como a própria ciência, de fronteiras nacionais – in Id., 2007a, p.52/53.

que de mais comum e urgente se dava<sup>276</sup>. Essa relação entre fontes, numa autêntica reciprocidade calcada na autonomia de duas distintas ordens (uma nascida da prática cotidiana pelas mãos dos práticos, juizes notários, e outra, de projeção universal, dotada de color mais científico<sup>277</sup>, possuidora de princípios e conceitos mais abstratos) é que irá tecer a rede de fios<sup>278</sup> que, una, comporá a ordem jurídica medieval.

E então que se vê a face “ordenada” que caracteriza o fenômeno jurídico medieval, na premissa de que:

Vincular de modo indissolúvel o direito medieval à idéia de ordem, significa separá-lo troncalmente da juridicidade moderna: se esta se encontra na sombra compacta do Estado uniforme e unitária (mas unida, compacta!!!) (sic) aquele é, ao contrário, o espelho da sociedade e expressa reproduzindo e respeitando a sua complexidade; se esta é a voz monódica de um aparato centralizador de poder<sup>279</sup>, aquele é a voz coral de uma pluralidade diversificada mesmo que coligada. (GROSSI, 2010b, p. 26/27).

<sup>276</sup> “*Lo statuto, complesso normativo che deve servire ai bisogni contingenti della vitta cittadina e sempre all'insegna di una grande concretezza, si limita a precisare che, se su un certo problema v'è una norma comunale espressa, questa sia applicata del giudice, ma, se vi sia una lacuna, il diritto comune, diritto onnipresente senza bisogno di autorizzazioni e diritto potenzialmente completo, sua chiamato dal giudice a colmare il vuoto normatuto locale*” (Ibid., p.59).

<sup>277</sup> Decorrente do pensamento primeiramente dos Glosadores (escola originada em Bolonha entre os séculos XI e XII), e, mais tarde (séc. XII e XIV), dos comentadores, chamados também de ‘pós-comentadores’, Baldo de Ubaldis e Bártolo de Sassiferrato, homens que “[...] debruçando-se pela primeira vez sobre todo o corpo do direito (direito romano, direito canônico, direito feudal, estatutos das cidades) e orientados por finalidades marcadamente práticas, vão procurar unificá-lo e adaptá-lo às necessidades normativas dos fins da Idade Média.” (HESPANHA, 2005, p. 211).

<sup>278</sup> É recorrente em Grossi a analogia entre os distintos fios reticulados de uma rede e os distintos ordenamentos jurídicos medievais que, autônomos mas em renovada relação, formam a uma ordem jurídica daquele período histórico. (GROSSI, 2010b, p. 26). Como ainda: Id., 2010d, p.47.

<sup>279</sup> O verbete ‘poder’, na concepção do historiador florentino, tem angustos contornos, estando sempre a significar “[...] superioridade e autoridade, ao qual, por outro, corresponde submissão [...]” (Id., 2010b, p. 94), como que coligado a poder político institucional, daí ser possível compreender passagens grossianas em que se lê: “[...] O direito, de fato, existe antes do poder e prescindindo deste; encontra-se nas raízes mais íntimas da sociedade [...]” (Id., 2010b, p.26).

Ordem<sup>280</sup> aqui se revela, sim, como unidade, como acomodamento da complexidade jurídica aí reinante, mas esta como fruto da convivência espontânea de vários ordenamentos reunidos em razão da sólida tradição do *ius commune*, inexistente então poder externo que, de cima para baixo, pretendesse reunir forçosamente realidades inconciliáveis.

É esse, pois, o desenho que o autor faz da Idade Média, sendo, então, com base nele que Paolo Grossi haverá de analisar historicamente, num inventário completo (entre “ativos” e “passivos”), as consequências que a Modernidade trouxe para o particular jurídico.

### 3.2.2 Crítica à simplicidade do Direito moderno: o olhar do historiador por sobre as mitologias jurídicas da Modernidade<sup>281</sup>

É com olhos voltados a já mencionada efervescência jurídica medieval que o historiador florentino passa a encarar as consequências Jurídicas do período Moderno; sua análise, na contramão do discurso reinante, traz consigo revelações e análises que, dignas de um verdadeiro historiador do direito<sup>282</sup>, derribam muitos dos conceitos modernos irrefletidos, trazendo à tona vasta de gama de particularidades

<sup>280</sup> Deitando atenções sobre o pensamento de São Tomás de Aquino (autor imprescindível para a exata compreensão do pensamento medieval), a Grossi não custa crer que para esse autor, *lex* signifique *ordinatio rationis* (ordem - no sentido de ação de pôr em ordem - da razão), a bem revelar que antes de ser emanção de poder, antes de derivar de uma autoridade qualquer (como se dará em tempos modernos) a lei é sobretudo um ato de conhecimento, capaz de, racional, conciliar o diferente. Bem assim no que diz respeito ao conceito aquiniano de *imperium* e o de sua respectiva forma verbal *imperare*, onde também se vê o predomínio do cognitivo por sobre o potestativo. Em pormenor, em elonquente comentário aos textos da *Summa Theologicae*, confira-se: GROSSI, 2004, p. 139 ss.

<sup>281</sup> Aqui, logo se percebe a relação entre os distintos pensamentos: é que ‘mitologia jurídica’ – *mitologia giuridica* – (o título da obra grossiana é exatamente este: *Mitologie Giuridiche della Modernità*) é um dos verbetes que, nos *Frammenti* (ROMANO, 1953, p. 127/134), Romano propõe-se conceituar. Na análise dos vários exemplos de mitos jurídicos declinados pelo autor do início do século XX – estado de natureza, contrato social, direito natural, vontade geral etc. –, bem se vê que também o pensamento romaniano volta suas críticas a construções típicas da Modernidade Jurídica.

<sup>282</sup> “A visão histórica consola porque retira o caráter absoluto das certezas de hoje, relativiza-as pondo-as em fricção com certezas diferentes ou opostas experimentadas no passado, dismitem o presente, garante que essas sejam analisadas de modo crítico, liberando os fermentos atuais da estática daquilo que é vigente e estimulando o caminho para a construção do futuro” (Id., 2004, p. 26).

tida hoje por evidente e absoluta (em oposição à postura crítica que se deve adotar) sem a devida análise histórica.

Um alerta preliminar, no entanto, faz-se necessário: Grossi não quer ressuscitar mortos sepultados (às vezes, em verdade insepultos) não quer reinstaurar a Idade Média – pretensão essa destituída, antes de tudo, de rigor metodológico. Trata-se aqui, ao revés, de sofisticada posição: a de conhecer o passado em suas raízes profundas, e, senhor dele (em alguma medida senhor dele), ser capaz de, conhecendo igualmente o presente, apresentar diagnósticos sobre este último, sem transposições apressadas – nem em questões semânticas, nem em questões de fundo propriamente ditas. É o próprio historiador quem o diz:

“[...] nos conduz, talvez, a subscrever afirmações que hoje podemos escutar dos lábios de muitos que tenham a convicção de que se possa vir a ter um retorno ao medievo em um futuro próximo? Similares afirmações, sem dúvida culturalmente arriscadas, muito simplistas ao seguir assonâncias superficiais, trazem calafrios a quem, como eu, está persuadido de que *omnia tempus habet* - cada coisa tem seu tempo -, e de que o fluxo histórico se escande em muitas e diferentes maturidades de tempo”. (GROSSI, 2010d, p. 48/49)<sup>283</sup>.

Anotada a objeção, questiona-se, assim, Grossi:

Qual o verdadeiro vulto do povo soberano ostentado e exaltado nas cartas revolucionárias? Qual democracia pode ser realizada em um Estado que permanece monoclássista (como a Itália até os primeiros anos do século XX)? O Partido Político constitui um filtro fiel da vontade popular? Até que ponto a democracia partidocrática é expressão do povo soberano? É satisfatória, de um ponto de vista substancialmente judicial, a garantia

---

283 Quanto a possível exegese que queira enxergar maniqueísmos de todo censuráveis, o próprio autor alerta: “as páginas que seguem possuem um valor exclusivamente crítico: querem liberar alguns pontos essenciais do nosso passado próximo de lugares comuns, exercitando sobre eles um compreensão autenticamente historiográfica, compreensão mediante comparação. Mas, veja-se bem: esse reduzir não significa avaliação negativa feita com espírito maniqueísta; neste caso reduzir significa reconduzir o fenômeno a suas reais dimensões históricas. (Id., 2004, p. 18).



oferecida pela legalidade, pela segurança jurídica, pela divisão dos poderes? É possível se satisfazer com a lei como justiça quando a mesma lei é reduzida a comando respeitável, mas passível de qualquer conteúdo, e, portanto, vazio? Por que manter a infalibilidade e, conseqüentemente, a irresponsabilidade jurídica dos detentores do poder político perante as pesadas responsabilidades que recaem sobre os ombros dos detentores do poder administrativo e, atualmente, também do Poder Judiciário? (GROSSI, 2004, p. 16).

Com o auxílio de doutrinas que se valem de expedientes teóricos destituídos de um maior chão fático (contrato social, direitos naturais, estado de natureza etc.), defende Grossi, a retórica revolucionária fora capaz de, varrendo tudo quanto constituído lentamente pela tradição jurídica medieval, reduzir o Direito a um comando, comando este que, para ser jurídico, haverá de partir necessariamente das raízes estatais.

É esse empobrecimento, ladeado por uma presunção individualista<sup>284</sup>, o lamentado por Grossi, incansável enunciador de que a lei é algo muito menor do que o direito.

Neste sentido, intuitivo que o autor volte-se à crítica pontual do legalismo – dirá Grossi “legalotria”<sup>285</sup> - a revelar os perigos, evidentes num país em que o sistema jurídico sustentara o autoritarismo<sup>286</sup>, que

<sup>284</sup> O cenário sócio político e sobretudo o gnoseológico, a partir do qual “todas as dimensões modificam-se”, onde se desenhou a transição entre o paradigma medieval e o moderno – com início, segundo autor, no séc. XIV -, de conferi-lo in GROSSI, 2010d, p. 56/58).

<sup>285</sup> Também o historiador não pretende negar de forma absoluta nem a face normativa do fenômeno jurídico, nem o valor das codificações e a respeitável metodologia que as acompanha: “[...] a fisiologia do jurídico [...] não é o instrumento coercitivo do soberano ou o espaço para vãos teóricos de um doutrinador; pode também sê-lo, pode tornar-se, mas, antes, é algo a mais e diferente. [...] O direito, pela sua tensão a encarnar-se, antes de ser poder, norma, sistema de categorias formais, é experiência, ou seja, uma dimensão da vida social”. (Id., 2004, p. 66, grifo no original). Mais adiante em esclarecedora passagem: “Somente um louco poderia pensar em prescindir da presença de normas imperativas gerais ou mesmo de Códigos. O que não precisamos, ao invés, é do instrumento pernicioso que se constitui em leis e Códigos que, com a minúcia de uma regulamentação da vida econômica social, correm o risco de permanecer letra morta no momento seguinte à promulgação [...]” (Ibid., p. 98). Por isso, justifica-se o neologismo para designar, mais do que a verificação histórica do princípio da legalidade, a sacralização da lei.

<sup>286</sup> Consulta aos textos legais facistas relativos à raça, de realizá-la junto ao sítio eletrônico: <http://www.progettomemoria.altervista.org/testoleggi.htm>, consulta em 26/2/2011. Cuida-se de expedientes normativos na forma de *Regio Decreto-Legge* como o de n. 1390, de 5/9/1938 (que tinha por objeto a defesa da raça na escola facista, a estabelecer que “*Alle scuole di qualsiasi ordine e grado, ai cui studi sia riconosciuto effetto legale, non potranno essere iscritti alunni*

uma concepção estritamente formal e totalmente desvinculada de qualquer conteúdo pode oferecer. Diante de um autônomo, complexo e plural direito medieval, é a transformação deste último (do Direito) em mero apêndice do poder político contingente [o historiador refere-se a um “aparelho autoritário” (GROSSI, 2004, p. 26)], em mero instrumento da política a ser sacralizado num texto (que, inevitavelmente, não acompanha a movimentação social), é exatamente esse processo que é objeto das desconfianças grossianas:

A linha de desenvolvimento corre nítida nos séculos tardo-medievais e protomodernos: ganhará sempre mais espaço a normatização direta realizada pelo Príncipe, adentrando sempre mais em zonas que antes eram consideradas proibidas; finalmente – estamos já no final do século XVIII – os atos de esparsa normatização transformaram-se em um tecido normativo bem programado, regido por uma abordagem orgânica ao disciplinar setores relevantes da experiência jurídica, que já tende a substituir-se monocraticamente ao velho pluralismo de fontes. Ganha espaço o protagonismo da lei, não mais entendida na vaga acepção da *Lex* de São Tomás, essa última inclinada a dissipar-se no *ius*, mas, sim, no significado estreito da *loy*, lei em sentido moderno, volição autoritária do detentor da nova soberania e caracterizada pelos atributos de generalidade e rigidez (GROSSI, 2004, p. 42).

Consequência lógica desse processo, também a codificação<sup>287</sup> não escapa ao olhar do autor, na premissa de que “[...] o jusnaturalismo vem

---

*di razza ebraica*”), como o de n. 1381, de 7/9/1938 (que tinha por intento reger a situação jurídica dos hebreus residentes em terra italiana, a determinar que “*Dalla data di pubblicazione del presente decreto-legge è vietato agli stranieri ebrei di fissare stabile dimore nel Regno, in Libia e nei Possedimenti dell'Egeo*”), ou ainda como o de n. 264, de 19/11/1934 (cuja pretensão, agora mais genérica, era a de defender a raça italiana, por meio, v.g., da proibição de casamento entre italianos e hebreus).

<sup>287</sup> Aqui com um sentido, absolutamente vinculado à Modernidade, preciso: “[...] para o historiador do Direito, podem existir e existem muitos “códigos”, para os quais pode ser convencional e inócuo o emprego de um vocabulário unitário, mas, somente um é o Código, que irrompe em um determinado momento histórico, fruto de uma autêntica revolução cultural que bate em cheio e devasta os fundamentos consolidados do universo jurídico [...] O Código quer ser um ato de ruptura com o passado: não se trata de uma fonte nova ou de um novo modo de conceber e confeccionar com profundidade e amplitude a velha *ordennance* real; trata-se, ao contrário, de um novo modo de conceber a produção do direito, e, desse modo, o inteiro

a desembocar no mais agudo positivismo jurídico, e o Código, mesmo se portador de valores universais, é reduzido à voz soberana nacional, à lei positiva deste ou daquele Estado” (GROSSI, 2004, p. 114)<sup>288</sup>.

O culto cego à lei passa a receber fôlego ainda maior com o movimento de democratização da fonte legal primaz – o Poder Legislativo. De fato, em sendo o poder responsável pela elaboração da lei um instrumento da vontade geral, uma legítima expressão democrática, a lei passa a ser tanto mais “o melhor e mais legítimo direito” quanto mais espelhar o deliberado pela maioria.

Indicando a mitologização da figura do legislador<sup>289</sup>, Paolo Grossi também vem a questionar a pressuposta coincidência entre vontade legislativa e vontade geral, acreditando, na esteira do já indicado por Romano nos *Frammenti* (ROMANO, 1953, p. 126/134), não vê-la tão facilmente demonstrada (GROSSI, 2004, p.31) quanto quer fazer crer o discurso moderno:

A nova ordem sociopolítica deve ser democrática, em oposição à decrépita ordem classista, exprimindo a vontade geral da nação; a qual tem o seu único e conveniente instrumento de expressão na representação política entendida como representação de vontade; o novo Parlamento é, portanto, o depositário da vontade geral, e a sua voz em nível normativo – a lei – identifica-se com a vontade geral; o princípio da legalidade, ou seja, a conformidade de cada manifestação jurídica com a lei, torna-se regra fundamental de toda democracia moderna. Tudo encaixa perfeitamente como um teorema, ou, descendo a instrumentos

---

problema das fontes, assim como o problema primário da conexão entre ordem jurídica e poder político”. (GROSSI, 2004, p. 106).

<sup>288</sup> O cenário metafísico, como ainda otimista, é evidente: um Direito que, partindo do indivíduo, lhe é natural; firme em que a função do Príncipe é a proteção deste Direito, somente as normas que dele emanarem (dele, capaz de revelar a natureza das coisas) enfeixam esse *status* jurídico. Assim sendo, melhor que aquelas sejam claras e estejam ao alcance de todos por meio de um instrumento que lhe conceda maior objetividade, um texto legal. Os apelos beccarianos, famosos por sua carga iluminista, rumam exatamente neste sentido (BECCARIA, 1998, p. 68/72).

<sup>289</sup> “o substancial autoritarismo está [...] na mitificação do legislador, que surge quase como um Zeus fulminante do Olimpo, onisciente e onipotente, na mitificação do momento de produção do direito como momento de revelação da vontade do legislador. É um autoritarismo que intensifica a incomunicabilidade entre Código e sociedade civil, já que, a despeito das incessantes transformações socioeconômicas, o Código inevitavelmente permanece um pedaço de papel cada vez mais velho e alienado. (GROSSI, 2004, p. 131).

que nos são mais familiares, como um silogismo. Por trás desse palco cênico em que tudo é idealizado [...], fica escondido o Estado monoclassista, o espesso extrato de filtros entre sociedade e poder, o elitismo exclusivo das formas de representação, a grosseira defesa de ricos interesses que todo o puríssimo teorema vinha a tutelar e consolidar. (GROSSI, 2004., p. 62, grifo nosso).

Outro mito moderno é a negação da atividade interpretativa na constituição mesma do Direito.

Nem poderia ser diverso, à medida que, sendo a lei a excelsa manifestação da vontade geral, somente ela – em seus exatos rigores – é que há de trazer consigo a validade necessária para sua aplicação<sup>290</sup>, sendo temerária qualquer intervenção na vontade formadora da *lex*.

Sinalizando que esse proceder – ter o fenômeno jurídico centrado somente dos dizeres da norma, entendendo-a pronta e acabada já aí – conduz a um formalismo exasperado em sua abstração<sup>291</sup>, Paolo Grossi, lembrando a atividade dos mestres glosadores da tardia Idade Média, faz um resgate do papel do jurista na realização mesma do fenômeno jurídico:

[...] o verdadeiro direito positivo não é aquele posto por uma autoridade legítima, mas sim aquele que a interpretação/aplicação submerge na positividade da sociedade e torna substancialmente e não só formalmente positivo. Valoriza-se o intérprete como intermediário e enquanto voz da comunidade; é a comunidade, por essa razão, a ser valorizada, e deixa de ser

<sup>290</sup> Na defesa pontual da chamada interpretação autêntica, com olhos fixados na *voluntas legislatoris*, confira-se, v.g., a argumentação hobbesiana a asseverar que “[...] o que faz a lei não é aquela *juris prudentia*, ou sabedoria dos juízes subordinados, mas a razão deste nosso homem artificial, o Estado, e suas ordens. E sendo o Estado, em seu representante, uma só pessoa, não é fácil surgir uma contradição nas leis, e quando tal acontece a mesma razão é capaz, por interpretação ou alteração, de eliminar a contradição. Em todos os tribunais de justiça quem julga é o soberano (que é a pessoa do Estado). O juiz subordinado deve levar em conta a razão que levou o soberano a fazer determinada lei, para que sua sentença seja conforme esta, e, nesse caso, a sentença é sentença do soberano, caso contrário é dele mesmo, e é injusta”. (HOBBS, 1997, p. 210).

<sup>291</sup> Proceder esse que, em tudo, se relaciona com outro mito moderno: a divisão dos poderes, por força da qual criação e aplicação do direito não devem ser feitas pela mesma autoridade. Em pormenor, observe-se (GROSSI, 2004, p. 116/117).

rebanho passivo de destinatários de comandos repressivos; é valorizada a efetividade do consenso presente nos membros da comunidade que o intérprete exprime (GROSSI, 2008, p.100).

De fato, qual se dava com os *maestri* do período tardo-medieval, o jurista – o atual jurista - passa a exercer para o historiador de Florença um papel mediador entre o texto positivado – imobilizado na escrita – e a atualidade do intérprete, capaz que é de colher no mundo dos fatos a dimensão jurídica a ser consagrada no preceito interpretado.

Assim sendo, Grossi<sup>292</sup> despe de suas pomposas vestes a “loucura que foi ter-se concebido o texto normativo como independente (na sua generalidade e abstração) do caso concreto que deveria ser disciplinado [...]” (GROSSI, 2008, p. 99), colocando por sobre os ombros do intérprete a tarefa de construir por cima do texto legal os contornos de uma nova juridicidade capaz de dar respostas às exigências sociais – cada vez mais contingentes em sua velocidade - jamais contempladas por tudo quanto cristalizado no reduzido texto da lei.

Por fim, a questão ideológica – também ela – é descortinada pelo autor.

É que, prossegue o autor, a imposição jurídica de um Direito que vem de cima para baixo – mesmo quando “democraticamente” justificado – esconde por trás de si (uma vez vista com reserva a questão da representação política moderna) interesses de setores sociais que em nada se coadunam com a “Vontade Geral” ou o “Bem Comum” alardeados por duzentos anos de propaganda iluminista. Deveras,

Se o código fala a alguém, esse alguém é a burguesia que fez a revolução e que finalmente realizou a plurissecular aspiração à propriedade livre da terra e à sua livre circulação [...] O Código fala ao coração dos proprietários, é sobretudo a lei tuteladora e tranquilizadora da classe dos proprietários, de um pequeno mundo dominado pelo ter, e que sonha em investir as próprias poupanças em aquisições fundiárias (ou seja, o pequeno mundo da grande *comédie* balzaquiana). É por isso que, ao lado da lei do Estado, a única concessão pluralista, mas, ao contrário, bem fechada no interior de um surdo

<sup>292</sup> Neste passo, o autor vale-se da enriquecedora leitura de Gadamer, a qual qualifica como “árdua mas enriquecedora” (GROSSI, 2008, p. 97).

monismo ideológico, é admitida como única lei concorrente o instrumento príncipe da autonomia dos indivíduos, ou seja, o contrato. (GROSSI, 2004, p.129/130).

Outrossim, a tão propalada igualdade (tão-só formal, capaz de permitir o domínio de alguns que, substancialmente, estão econômica e culturalmente acima dos demais) não empolga o historiador, que vê no poder político – desconfiado do modo por que a política institucional moderna se dá – meio de que se apropriam os detentores do poder para, com a expansão do poderio estatal decorrente da Modernidade, passar a alcançar relações privadas, historicamente protegidas de tal ingerência.

Os valores instaurados num longo processo que vai consolidar-se ao final do séc. XVIII – processo esse tão conhecido pelo historiador -, eles mesmos (tão ligados ao homem, homem-individual, ao comércio, ao lucro etc.) passam a conferir ao Direito Civil, historicamente livre e plural, notável importância, e é essa transmutação que, em golpe certo, motiva a extensão o direito estatal àquela seara dos particulares.

Por outra: sabedores da importância do direito privado numa cultura em que o homem individual é elevado ao centro cultural, político e jurídico, impunha-se aos revolucionários ascendentes alcançar aquela órbita jurídica, o que foi feito mediante a confecção de um Direito que, anunciado-se fruto da vontade geral, tivesse contornos de onipresença, sem que nada fosse capaz de dele escapar (GROSSI, 2004, p. 64).

Por isso, também quanto a esse aspeto, Grossi vê com ressalvas a propalada completude e a infalibilidade do mero sistema legal, enxergando aí, nesse engenho teórico, verdadeiro embuste em que “[...] tudo o que vem proposto como juridicidade mostra-se, em um exame aprofundado, mais como uma pseudo-verdade substancialmente tuteladora de interesses particulares dos detentores do poder” (GROSSI, 2004, p. 62).

### **3.2.3 As vozes romanianas no pensamento de Paolo Grossi**

Declinar a exata extensão da influência do pensamento de Romano nas idéias de Grossi é esforço teórico de todo sutil e, por isso mesmo, perigoso diante das especificidades constantes de cada uma daqueles autores.

É que, tirante a própria distância temporal entre eles, a área mesma a que se dedicam torna temerária qualquer afirmação peremptória em relação à temática posta a cotejo: Santi Romano autor de direito público que tem por trás de si uma sempre revelada teoria do Direito (o que o torna mais do que um publicista, um verdadeiro teórico do direito<sup>293</sup>), e Grossi um historiador do Direito preocupado com os atuais problemas com que se defrontam os estudiosos do Direito.

De mencionar, neste passo, a relevância que o pensamento grossiano, sem eco na teoria de Romano, dá ao costume na constituição do fenômeno jurídico: “[...] o costume é a fonte que mais espelha o direito no seu estado de pureza originário. É a grande matriz histórica [...]” (GROSSI, 2008, p.94). Quando da análise da questão posta por Romano relativa a saber se a formação de uma fila para um fim qualquer diz, em sua constituição, com um verdadeiro fenômeno jurídico (*quaestio* diante da qual se vê o jurista perante um caso limite, perpassado por um organização exacerbadamente rústica, e, por isso, incapaz de dar nascedouro a uma organização [ROMANO, 2008, p. 84]), Grossi não tergiversa:

o exemplo da fila [...] é desviante, já que a fila é situada no efêmero e a ele condenada, aquele efêmero que não é exatamente o terreno eleito pelo direito. Dissemos que para nós se tratava de um exemplo paradoxal por tirar o direito do abraço inextrincável do poder político resgatá-lo ao social, a todas as manifestações do social. E sob esse aspecto, serviu pela carga provocativa, mas valha agora o esclarecimento de que o desenvolvimento dos tempos breves não convém ao direito; as grandes árvores têm necessidade de longa duração para enraizar-se adequadamente (GROSSI, 2008, p.17/18)

Romano, já se viu, não nega o costume como fonte jurídica, mas adverte que ao lado dele há fontes outras que dispensam – e até mesmo desmentem – o elemento de duração temporal exigido pelo costume, como, por exemplo, o que se dá no já indicado campo do Direito Internacional, cuja fonte principal (os seus princípios fundamentais [dele

---

<sup>293</sup> Sobre as reais qualidades que um jurista – um grande jurista - deve possuir (capacidade de empreender observações analíticas, ser detentor de um “senso jurídico” etc.) Santi Romano as expõe in ROMANO, 1953, p.113/116.

constituidores]), longe de ser formada aos poucos (como seria de exigir-se em se tratando de *consuetudine*), é coetânea à criação mesma da comunidade internacional.

Pormenores esses, no entanto, não têm o condão de impedir a feitura de um alinhavo capaz de revelar a proximidade teórica existente entre o juristas.

Se certos pontos de divergência não passam despercebidos ao leitor mais atento<sup>294</sup> (afinal, se trata de influência e não de dependência intelectual), é a citação reiterada que Grossi faz dos textos e obras de Romano a maior das provas da conexão entre ambos os autores<sup>295</sup>.

A razão desse sempre renovado proceder, urge sem delongas externá-la: é o resgate - em Romano, um teórico do direito, feito pela vez primeira no século XX em terras italianas - de um Direito que, expresso antes de tudo em fatos, está para além da esfera estatal, momento secundário onde o fenômeno jurídico vem, depois, fazer uso de suas vestes meramente formais.

É sobretudo essa mensagem antiformalista e libertadora que o historiador vem buscar na obra romaniana:

---

<sup>294</sup> Como já visto, Romano, formalista, reconhece o jurídico por sua estrutura, sem que aí interfira o conteúdo propriamente dito do fenômeno. A seu turno, Paolo Grossi, diante do ocorrido na segunda Guerra Mundial na Alemanha e na Itália, não teme a pecha de jusnaturalista, mesmo ciente de que, histórico, o fenômeno jurídico jamais pode ser estudado como se caísse das nuvens: “[...] Um nível superior de juridicidade que é direito, mas no qual é possível vislumbrar como instâncias inseparáveis o ser e o dever-ser, a juridicidade formal e a justiça, que as correntes positivistas tinham irremediavelmente dividido. [...] a idéia do direito natural, de toda a lei natural, não quer dizer senão uma tentativa de solução, talvez ingênua e ilusória, do eterno problema de um direito justo, quase que uma ponte audaciosa, talvez demasiadamente audaciosa, lançada nesta direção”. (GROSSI, 2008, p. 76/77). Nesse sentido, Grossi faz menção ao uso do princípio da razoabilidade por parte dos juristas (em especial dos juizes da Corte Constitucional Italiana) como meio de, barrando a total discricionariedade do legislador, colaborar na tentativa de formação de um direito com conteúdo justo (GROSSI, 2004, p. 95). Também a já mencionada participação na formação - formação! - do fenômeno jurídico atribuída por Grossi ao intérprete é inovação sua em relação ao pensamento romaniano; de lembrar que Romano, positivista, escreve em pleno início do século XX; antes, portanto, da virada lingüística que vai alçar vãos mais plenos e conhecidos somente em décadas mais avançadas daquele mesmo século.

<sup>295</sup> Com efeito, é notável que o nome de Romano seja citado em quase a unanimidade dos textos consultados do historiador. Aqueles direcionados mais especificadamente à história do direito - *L'Europa del Diritto e Scienza Giuridica Italiana - Um Profilo Storico 1860/1950* - fazem questão, por sua vez, de assinalar o lugar de destaque de Santi Romano na história do pensamento jurídico - sobretudo na história do pensamento jurídico italiano - como o grande responsável por, pela primeira vez no século XX, perceber a complexidade do universo jurídico, escondida que estava por trás das mitologias jurídica engendradas pela modernidade. A respeito, confira-se: GROSSI, 2000, p. 109/119, como ainda GROSSI, 2007a, p.219/223.



Juristas e filósofos, da época de 1918 até hoje, submeteram as páginas romanianas a análises aprofundadas e não deixaram de encontrar as fragilidades filosóficas, as numerosas aporias, para não falar das muitas incoerências encontradas entre Santi Romano teorizador geral, e o Santi Romano construtor do direito administrativo italiano. Análises muito aprofundadas, que podem ser subscritas, mas não generosas em um ponto central: por não darem a Romano aquilo que, ao contrário, é o seu mérito fundamental, a redescoberta da complexidade do universo jurídico e a tradução dessa com instrumentos e linguagens de um claro direito positivo<sup>296</sup>.

É então que o historiador do Direito - convencido de que é na Idade Média que o fenômeno jurídico é mais bem revelado – usa das idéias institucionalistas para, como elas, fazer tremular seu estandarte: o Direito não é só lei, não é só emanção do Estado; somente quem tem a noção histórica do fenômeno jurídico pode ter a noção exata da dimensão radicalmente social do fenômeno jurídico, já então por força da mudança de eixo de observação (não mais do alto para baixo, mas, ao revés, de baixo para cima); bagagem teórica esta que, por fim, lhe confere adequados meios para o exercício da crítica endereçada aos exageros decorrentes de uma Modernidade que se funda e desenvolve na negação de tudo quanto inviolável pela mesma consciência histórica.

Nesse sentido, Grossi vale-se das ideias romanianas no exercício de uma das principais funções que, para ele, possui o historiador do Direito: servir como consciência crítica dos juristas, colocando em xeque elementos teóricos que, sustentados por duzentos anos, foram mitologizados, postos para além dos limites de exames profundos, como se se constituíssem elementos em si, inequívocos e inegáveis, perante os quais a atividade do jurista, sobretudo do jurista positivo, limitar-se-ia à dócil admiração.

Mas não é somente com os olhos voltados para a melhor explicação do fenômeno jurídico fundada na história que as idéias grossianas reverberam a voz de Romano. A revelar a extraordinária atualidade do pensamento de Romano, é também como resposta à encruzilhada em que se vê o atual jurista, diante de fenômenos

---

296 Cuida de excerto retirado da introdução, assinada por Grossi, constante da edição patricia de 'O Ordenamento Jurídico': (ROMANO, 2008, p.12).

totalmente inovadores nunca outrora conhecidos, que Grossi lança mão dos argumentos romanianos.

Trata-se da “crise de fontes” por que o Direito, sobretudo o Direito visto como ordem emanada pelo Estado no âmbito de sua soberania, passa em tempos atuais, em que a globalização<sup>297</sup>, em suas conseqüência internacionais (cada vez mais velozes, cada vez mais desgarradas de limites geográficos), mina os pressupostos estatistas até hoje reinantes. Isto é, cuida-se do próprio momento hodierno, em que os fatos, indóceis em sua juridicidade, fazem contradizer tudo quanto estabelecido a partir do final do século XVIII. Realmente, é o que assevera Paolo Grossi na introdução da edição brasileira do *L'Ordinamento Guiridico*:

Duas forças históricas tinham revelado, particularmente nos últimos dez anos do século XX, sua carga erosiva, e colocavam em questão – imaginem! – forças indomáveis. De um lado, a rapidez extrema da transformação sócio-político-econômica, com um também tão intensa rapidez nas transformações que são conseqüência dela, muitas vezes – mais do que transformações – substanciais perturbações perante as quais fontes tradicionais do antigo Estado de Direito mostravam toda a sua própria incapacidade; de outro lado, uma surpreendente evolução das técnicas, em uma contínua e incessante superação, técnicas que, sobretudo no campo infotelemático, revolucionaram a antiga paisagem jurídica territorial, projetando-a em um espaço virtual e, justamente por ser virtual, também global (ROMANO, 2008, p. 25).

Convidando seus leitores para uma reflexão epistemológica inovadora<sup>298</sup>, o pensador florentino enxerga nessa crise<sup>299</sup>, assemelhada

<sup>297</sup> Acerca do conceito de globalização, confira-se a proposta grossiana in Id., 2010c, p. 72 – a reforçar sua forte dimensão economicista, aliada a técnicas infotelemáticas, atuantes ambas num *locus* virtual e intolerantes ao espaço geográfico, pressuposto no conceito de Estado Moderno.

<sup>298</sup> GROSSI, P. A Formação do Jurista e a Exigência da uma Reflexão Epistemológica Inovadora. In GROSSI, 2006, p. 85/121.

<sup>299</sup> “Crise de fontes”, que não se confunde com “crise do Direito”, a bem revelar seu sentido negativamente positivo, à medida que possa significar, para além do significado negativo mais imediato, “l’ersione de forze nuove sul palcoscenico storico e il profilo de nuovi sentieri da percorrere, magari con un bagaglio profondamente rinnovato, ed è pertanto il segno della vita

àquela que Santi Romano tinha diante de seus olhos<sup>300</sup>, algo de extremamente positivo, porque, a seus olhos, vem à tona mais uma possibilidade de discussão – agora por força dos fatos – na tentativa de estabelecer critérios ordenadores que sirvam como genuína conquista da presente civilização jurídica.

É na globalização, nas consequências que ela traz consigo, que o autor enxerga o meio adequado para - voltando atenções para o paradigma, mais do que emergente, instalado – lançar mão do pensamento institucionalista, como forma de regular juridicamente aquilo que, parece-lhe óbvio, o Estado Moderno – seu parlamento vagaroso<sup>301</sup> – não tem condições de regulamentar.

Uma vez mais lançando mão das lições históricas do período medieval tardio, Grossi, certamente se afastando das premissas positivista de Romano, enxerga nos juristas<sup>302</sup>, mais do que nos legisladores, um flanco para a regulação do mercado, sem desconhecer o grande perigo que uma total desregulamentação pode representar<sup>303</sup>.

Vale dizer, diante da hodierna incapacidade reguladora por parte das instituições política modernas revelada pela explosão econômica – e,

*che se rinnova, um processo fisiologico della società [...]*“ (GROSSI, P. Santi Romano: Un Messaggio da Ripensare nella Odierna Crisi delle Fonti. In GEMELLI, Giuliana. A cura di. **Nuove Scienze Per l'Amministrazione – L'origine della SPISA: tra Innovazione Istituzionale e normalizzazione accademica**. Bologna: Bononia University Press, 2007b).

<sup>300</sup> Consulte-se aula inaugural ministrada por Grossi, onde este rememora a já indicada aula magna romaniense *Crisi do Stato Moderno*, por ocasião do centenário dest'última in Id. *Lo Stato Moderno e la sua Crisi – a Cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*. In **Lezione Inaugurale ai Corsi dell'Anno Accademico 2010/11**. Pisa: \_\_\_, 2010e, p.16. Onde se lê: “*Anche oggi parliamo insistentemente di crisi e siamo agli estremi di quel cammino di transizione fuori della modernità iniziato al tempo del giovane Santi Romano; anche oggi, proprio oggi, mi appare validissimo il suo monito e il suo invito a vivere apieno il proprio tempo, a contemplarlo con occhi vigili e critici*”. São assemelhadas as crises porque o núcleo de ambas são como que os mesmos: “*rifiuto di costruzioni semplici, perché semplicistiche, e necessità atto della complessità dell'universo giuridico; esigenza d'una revisione demolitiva del vecchio assetto gerarchico delle fonti; registrazione de un ruolo minore di Stato e legge, e di una pluralità di produttori di diritto*” (GROSSI, 2007b, p. 11).

<sup>301</sup> (Id., 2010c, p. 76). Sobre as consequências que a globalização – com seu direito informal, factual, plástico, cuja efetividade, trespassada por uma praxe econômica, suplanta o nível da validade – fez instaurar por sobre o Direito Moderno, consulte-se: Ibid. p. 78/84.

<sup>302</sup> Grossi faz uso da “capacidade ordenante da comunidade dos juristas”. (ROMANO, 2008, p. 28). Nesse sentido, a Corte Constitucional, lendo o que se passa, é chamada a integrar nesse atual contexto os textos de lei, fazendo sua as vozes sociais olvidadas pelo texto legal.

<sup>303</sup> “[...] o risco atual, risco bastante concreto, é que a crise do Estado e dos poderes políticos na produção do direito gere uma substituição nos novos padrões dos fatos, um poder econômico onde a arrogância poderia causar arrependimentos à antiga (por nós condenada) arrogância do poder político. E se trata de um risco pesadíssimo, já que o custo é uma geral mercificação, a subordinação em primeira linha – da pessoa humana e sua dignidade (valor primário e indefectível ao alcance do maior lucro possível)”. (ROMANO, 2008, p. 27).

na sua esteira, jurídica – decorrente da globalização, uma vez mais a história faz mostrar que, independentemente do Estado (e do que dizem os juristas normativistas), o direito é fenômeno intrinsecamente plural, nascido de forças sociais que independem do Poder Legislativo.

O jurista florentino credita, então, aos juristas a missão difícil e ética de, buscando o Direito em sua fonte primeira (portanto, antes da *lex*), servir como base para a busca de uma ordenação, que, transpassada pela efetividade das relações de mercado, possa agora espelhar “valores circulantes” (ROMANO, 2008, p. 32) no itinerário histórico-social, como forma de, traduzindo-os em seguros princípios jurídicos, almejar a regulação da nova realidade<sup>304</sup>.

Nesse particular, o historiador, diante de platéia constituída de jovens acadêmicos, faz instar o jurista a tomar o seu assento diante do que não mais é possível olvidar:

Procuremos compreender a mensagem romaniana como um convite digno de ser transmitido também para nós: que nossa observação crítica acerca do presente não se degenere nunca em ceticismo [...]; que se intérprete este nosso tempo de crise como uma quadra favorável a uma transformação da sociedade e do Estado; que nunca se abdique, a despeito das dificuldades em que estamos imersos, da grande virtude da esperança, e da coragem de construir [...] personagens naturalmente projetadas no futuro. É o único modo de corresponder àquela ética da responsabilidade, à qual somos todos chamados<sup>305</sup>.

<sup>304</sup> Não é à toa que o historiador enxerga certa aproximação entre o atual quadro, mesmo dentro da *civil Law*, e a *commom law*: “[...] o papel ativo, incisivo, determinante que ali tem o jurista – teórico ou empírico – e que tem relevo a despeito das desconfianças, minimizações, reduções servis dominantes na nossa tradição jurídica continental; ao contrário, desconfianças, minimizações, quase a supressão do Estado legislador, considerado incapaz de interpretar factivamente as solicitações da práxis. Tudo isso é somente a absorção de uma mentalidade e de um costume que são do planeta da *commom Law*, segundo os quais direito não é coisa de político, mas de jurista”. (Id., 2010c, p. 88)

<sup>305</sup> Tradução livre do original: *Cerchiamo di capire dal messaggio romaniano un invito meritevole di essere raccolto anche da noi: che la nostra osservazione critica del presente non degeneri mai in scetticismo [...]; che se interpreti questo nostro tempo di crisi come stagine favorevole per una trasformazione della società e dello Stato; che non si abdichi mai, malgrado le difficoltà in cui siamo immersi, alla virtù grande della speranza e al coraggio di costruire [...] personaggi naturalmente proiettati nel futuro. E' l'unico modo di corrispondere a quella etica della responsabilità, alla quale siamo tutti chiamati.* (Id. 2010e, p. 15).

Talvez, neste ponto, esteja o grande ponto em que se tocam os dois juristas analisados: é que ambos, cientes da profundidade do fenômeno jurídico, não claudicaram em, diante de uma realidade latente que surge diante de seus olhos, denunciar a incompletude dos instrumentos até agora utilizados pelos juristas.

Um anúncio que, cheio de especificidades em cada qual dos autores, traz uma mensagem sobremodo de conforto, porque, verificada a derrocada do paradigma moderno-liberal (a crise do Estado Moderno, pois), traz à tona uma nova esfera capaz de regular, lançando mão de critérios objetivos (para além daqueles de índole subjetiva-formal), aquilo que até então se afigurou incontornável<sup>306</sup>, a bem revelar que os presentes tempos não se encontram senão no limiar da grande síntese teórica, fruto de extensa atividade anterior<sup>307</sup>, exposta por Santi Romano em 1918.

---

<sup>306</sup> Certamente, essa pode ser uma das interpretações da mensagem grossiana: verificado o desassombro com que as relações econômicas passaram a sobrepujar as políticas (sendo aqui sinônimo de “políticas institucionais”), o historiador vale-se de seu cabedal teórico como forma de oferecer ao operador do Direito uma lição geralmente ausente na atmosfera deste último: revelar que também os juristas podem servir já agora de instância ordenadora, sem que por isso seja necessário o desencanto e o niilismo com tudo quanto hoje se dá. Concordar, ou não, com a proposta formulada pelo autor é apenas um segundo passo a ser dado somente depois de ter aquiescido com o perspicaz diagnóstico formulado pelo autor (idêntico mérito reputado a Romano pelo mesmo pensador florentino).

<sup>307</sup> A grande obra romaniana onde são expostos os rigores de sua teoria do direito, *L'ordinamento Giuridico*, é fruto acabado de longa maturação de traços teóricos já expostos pelo autor em destacados discursos acadêmicos inaugurais desde 1899. Quanto à continuidade do pensamento institucionalista de Romano, sendo *L'ordinamento* (1918) o ápice dessa empreitada teórica, confira-se Id. 2010e, p. 2/3.

## CONCLUSÃO

Se as posturas normativistas hoje reinantes podem ser agrupadas por meio de alguns critérios que as tornam próximas uma das outras – na identificação do Direito com a lei estatal somente, na formulação de um Direito racionalizado, que tem por razão de ser a proteção, menos do que dos indivíduos em si, de alguns bens seus – a pergunta a que se propôs responder este trabalho é esta: É possível trilhar outros caminhos? É possível estabelecer um norte que, de alguma forma, reúna autores que se postem do outro lado da arena? É possível levantar alguns pontos centrais que se encontrem constantes em autores contrários às concepções hoje vitoriosas?

Para tanto, o trabalho estabeleceu um marco teórico – Santi Romano – e, partir de pontos constantes de seu pensamento, procurou encontrá-los em escolas e juristas – a Escola Histórica, o Positivismo Sociológico Francês, o decisionismo schmittiano e a proposta de Paolo Grossi – que igualmente são entendidas como críticas ao paradigma jurídico fundado pela Modernidade.

Uma vez indicados os contornos do pensamento de cada um daqueles autores, é hora de responder ao questionamento inicial: mas afinal existe, ou não, algum traço de continuidade crítica entre aqueles teóricos?

A resposta a essa pergunta, passa, primeiramente, pela indicação de que o próprio Santi Romano, indubitavelmente um crítico da concepção moderna do Direito, não consegue de todo suplantá-la, porquanto, jurista positivista que é, faz somente apontar para o caminho de uma pluralidade das fontes do Direito para além da estatal, sem contudo dar o passo seguinte consistente em, mais do que indicar tal realidade, analisá-la com lentes efetivamente jurídicas.

Com efeito, Romano aponta para o caráter jurídico de instituições que com o Estado não se confundem, faz o esboço de como elas se relacionam com o Direito Estatal, mas não as analisa propriamente. Ao revés, em postura de todo coerente com o paradigma positivista por que abraçado, o autor italiano entrega tal flanco de estudo ao sociológico sem tocar-lhe os desenhos, preferindo a investigação, aí jurídica sem dúvida, do Direito Público (âmbito que em seu tempo ainda carecia de positivação – e mesmo de independência técnico-acadêmica estabelecida), ou mesmo de ramos já consagradas no ambiente jurídico

em sentido estrito (como, por exemplo, o Direito Internacional e o Canônico).

É somente tendo em mente essa observação preliminar – talvez a exigir do autor italiano, homem seu tempo como foi, algo de inexigível – que se pode avançar nas conclusões dessa obra.

Perguntar-se-á: a escola histórica, destrinchada na primeira parte do segundo capítulo, tem grande influência em Santi Romano?

Ora, diga-se desde logo: são claras as distinções que, tirante a própria distância temporal e geográfica, apartam os rigores teóricos de Romano do típico pensamento da escola alemã.

Realmente, parece pouco provável que o pensamento romaniano endossasse posições teóricas embasadas em conceitos – como “forças ocultas”, e depois, como “Espírito do Povo” – que escapam à verificação objetiva por ele requerida. O mesmo se dá com o sentido da história com que trabalham Savigny e outros, na indicação, quando não do progresso iluminista, ao menos de certo sentido histórico, como se vê da constante equiparação que, por exemplo, faz o autor de *Beruf* entre as fases da história do povo e as fases da vida humana (infância, estágio intermediário e maturidade). Que diria o jurista italiano de uma escola que partisse de tais pressupostos?

Mas tais verificações – definitivamente – não dizem a verdade, ao menos não dizem toda a verdade.

É que, sim, partindo de premissas tão distantes daqueles abraçadas Romano, a mesma – mesma! – escola também conclui que o Direito positivado é concretização de algo que lhe é anterior, é encarnação da entidade viva que, na forma como se expressou o próprio jurista italiano, se move antes dos textos legais, aos quais é dado somente acompanhá-la como que de reflexo.

É sobretudo no paralelo entre fenômeno jurídico e esse *quid* que nasce e se objetiva no seio social – embora decorrente para os alemães de idéias certamente inaceitáveis a Santi Romano – que o diálogo há de ser sublinhado.

Que dizer, pois, do corte anti-individualista, a retirar o direito do império da vontade humana, como entidade que lhe supera as forças e a existência? E do forte traço anti-estatalista existente em ambos os pensamento, mesmo quando arrefecido em situações limites – que dizer dele?

Ora, fechar os olhos a essa possibilidade de interpenetração das concepções, sob a alegação, justa embora, da diversidade de premissas é postura acadêmica que vai de encontro a tudo quanto este trabalho propõe evidenciar.

O mesmo – absolutamente o mesmo – se passa com os autores aqui reunidos sob a designação de positivismo sociológico francês, analisado na segunda parte do segundo capítulo.

Ao contrário do que ocorre com a relação existente entre Romano e a escola histórica, aqui, em ampla perspectiva, partem os autores analisados dos mesmos pressupostos, todos eles típicos do positivismo lógico: a crença em leis capazes de regular os fenômenos naturais e humanos, na verificação objetiva como critério de estabelecimento da verdade, a neutralidade ou ao menos imparcialidade do método a ser aí utilizado, a e recusa à metafísica. As distinções, neste passo, dizem respeito a particularidades e pormenores que não enfeixam total concordância entre os autores.

Assim, da mesma forma como em Santi Romano, está presente nos três autores investigados – Durkheim, Duguit e Hauriou - a convicção de que o Direito, como de resto qualquer objeto digno de estudo científico no rol das ciências humanas, pode ser objetivamente verificado no próprio seio social – somente mais tarde Kelsen formulará, em compasso com a toada positivista, a tese segundo a qual o ser do Direito é o dever-ser expresso pela norma jurídica.

Perante aquela concordância, é natural que est'outras se dêem: (a) todos eles aquiescem em que o direito positivado é só espelho de algo que lhe dá base e sustento – Durkheim e Duguit, est'último a seguir o primeiro, na tese de que a lei estatal, para ser legítima, há de representar a lei harmônica da divisão social do trabalho, e Hauriou, se bem que a manejar expedientes teóricos como “idéias objetivas”, fazendo as instituições terem um objeto a cuja realização se subordinam; (b) mesmo quando façam do Estado a maior dentre todas as instituições, tais autores tendem a sublinhar a existência de outros alinhavos jurídicos para além do estatal, superiores aos próprios indivíduos neles envolvidos, os quais, em verdade, se encontram submetidos aos seus rigores – Hauriou aqui é o mais evidente exemplo, sem que se possa olvidar o prestígio que estruturas como as corporações têm em Durkheim.

Sem que se tenha a pretensão de defender a absoluta identidade entre os pensamentos, as pontuais distinções dizem respeito (a) ora ao propósito mesmo com que pensadores trabalham – Durkheim, sociólogo, investiga o Direito mais como tal e menos como jurista, medida que se inverte em na obra romaniana, absolutamente preocupado que estava o jurista italiano em apartar conhecimentos filosóficos e sociológicos daqueles jurídicos. Daí não ter Romano a mesma preocupação de Durkheim na tentativa de estabelecer leis que regem os



fenômenos sociais, preferindo partir para a análise do Direito mais restrita do ponto de vista metodológico. Ora ainda (b) à profundidade com que o jurista adentra ao campo sociológico – bem se vê que Duguit (a concepção jurídica que, entre os pensadores analisados, mais se aproxima do pensamento de o teórico italiano) e Hauriou dão com maior firmeza o passo metodológico que Santi Romano se nega a realizar. Ora, por fim, (c) ao próprio uso de justificações e expedientes impertinentes ou indevidos para a análise positiva do direito – o mais marcante exemplo, neste passo, é o pensamento de Hauriou que, conquanto se valendo do termo “instituição”, não escapa de ter suas idéias, apoiadas em pressupostos abertamente abstratos, criticadas expressamente por Romano.

Como se vê, malgrado se trate de pensamentos jurídicos distintos, não há nada que impeça a legítima aproximação entre autores, razoáveis e pronunciados que são os pontos de contato entre as concepções de cada um deles.

Quanto à densa teoria decisionista do Direito – delineada na primeira parte do terceiro capítulo - por certo também não são raros os traços que distinguem os autores.

É que o autor alemão trata de evidenciar a extensão ilimitada do político numa posição jurídica que, velada embora, vai aportar num profundo e ilimitado subjetivismo decorrente da decisão soberana, que nada mais é senão o critério último de validade de toda a ordem jurídica.

O próprio Schmitt trabalha com concepções de todo abstratas de “homogeneidade do povo alemão”, num conceito de democracia que, de encontro à tradicional posição da teoria política, há de perder-se na mais absoluta indistinção existente entre Estado e sociedade/povo, e na representação absoluta desses dois pelo *Führer*.

Diante de posições tais, não há dificuldades em perceber o quanto se afasta o jurista tedesco da tese institucionalista romaniano, preocupado que estava est’último não só com a demarcação técnica entre a zona do Direito e o da Política, como ainda com o estabelecimento do caráter objetivo e impessoal do fenômeno jurídico. Igualmente contraditório com as posições romanianas o uso de expedientes pouco objetivos – unidade do povo alemão - para justificar posições políticas que se pretendem radicalmente democráticas, num arranjo político que faz expandir até as raias do mais desabrido autoritarismo a convicção romaniana de que é o Estado que está a zelar pelo bom relacionamento das instituições.

Mas, se por um lado são certas tais distinções entre os pensamentos jurídicos, também se verifica, por outro, a legitimidade de

uma leitura que proponha proximidades, sobretudo a partir da segunda edição da obra *teologia política* (1922), quando a perspectiva antinormativista, de claro color decisionista, ajusta-se à postura teórica institucionalista.

De fato, é sobretudo neste momento da obra de Carl Schmitt que o entremear de posições revela-se mais claro, na expressa menção que o autor alemão faz das idéias romanianas, a considerar que, após a decisão soberana instauradora da ordem, o fenômeno jurídico coliga-se a uma entidade que supera os comandos legais – ente vivo que decorre da concretude fática de onde nasce e frutifica. Neste passo, posto que tenha por fundamento de validade um ato subjetivo, o Direito passa a ser visto como organização decorrente do arranjo fático que lhe constitui, longe de um decantado dever ser.

Também se faz presente aqui o corte anti-individualista – centrado na superioridade do todo por sobre a parte (em níveis, é certo, politicamente excessivos) -, o qual faz com que o Direito ultrapasse a mera defesa do indivíduo, já então com olhos voltados a uma visão jurídica que tende a arrefecer - em Schmitt, não se esconda, aniquilar completamente - o corte liberal e individualista por que atravessada a Modernidade Jurídica.

Ciente também do aspeto retórico-político a que pode servir a justificação de uma idéia por meio de precedentes teóricos abalizados, revela-se, então, possível a identificação de aspectos pontuais nos quais as concepções se entrecruzam, todos eles, situados sempre na firme crítica às concepções normativistas, legatárias do movimento francês do final do século XVIII.

Por último, cabe a pergunta: que dizer do cruzamento entre as propostas do historiador do Direito Paolo Grossi, objeto da segunda parte do terceiro capítulo, e o arranjo teórico de Santi Romano?

A despeito da constância com que Grossi vale-se Romano, não passam despercebidos os sensíveis pontos de discordância existentes entre os juristas, aceitáveis até mesmo em função do período de tempo que os interpola: o positivismo romaniano por certo não albergaria a importância dada por Grossi à interpretação na formação – formação! – do Direito, nem o autorizaria a exortar, como faz o historiador, a atividade do juiz, em especial da Corte Constitucional, na utilização de princípios interpretativos para, como no paradigma savignyano, o juiz fosse o verdadeiro intérprete do direito emanado da sociedade.

Como já indicado, outrossim, a supervalorização que Paolo Grossi dá ao costume na formação do Direito não tem guarida no pensamento de Romano, como ainda não o tem a conclamação grossiana

a que os juristas ponham ao chão as muralhas acadêmicas que fazem apartar do estudo jurídico dos outros ramos do conhecimentos, típica postura em voga nos tempos hodiernos, mas que, com certeza, não há de encontrar eco no pensamento romaniano.

Essas ponderações, verdadeiras embora, não têm fulgor para impedir a reflexão pretendida por este trabalho, porquanto se são justas ditas objeções, também o são aquelas que reforçam o nexo entre ambos intelectuais.

Mais do que nunca, está impressa nas páginas do historiador a firme convicção, derivada ademais dos estudos por ele realizados sobre a Idade Média, de que o fenômeno jurídico independe do Estado para sua constituição – sobretudo em tempos de globalização –, sendo, ao revés, algo que, desenhado pela régua dos costumes, tem uma realidade própria e objetiva derivada de sua estrutura mesma.

Novamente – aqui de forma indubitável – apresenta-se a influência romaniana de corte anti-individualista e anti-subjetivista, aquilatada pela certeza que o historiador carrega consigo de que é o implicar organização social que faz com que o Direito seja Direito, sem espaço para arroubos voluntaristas.

Mas o diálogo de concepções não pára neste momento analítico; ele prossegue num ponto de vista metodológico, a saber: na perspectiva grossiana em enxergar Romano como um teórico sensível ao que o circunda no campo dos fatos. Vale dizer, a postura centrada de um teórico que não se encastela em devaneios nefelibatas.

É que da mesma forma com que teórico italiano, em seu momento histórico, assimilou em sua pena seu momento histórico, dando contornos técnicos ao que lhe roçava a face (*in casu* o ruir de um gigante destronado), também Paolo pretende dar explicações ao novo que se posta diante de seus olhos, com atenções voltadas, v.g., a problemas jurídicos atuais como a globalização e o próprio modelo novo de normatividade proclamado aos quatro ventos – pondo os princípios em destaque, em detrimento das regras.

Por isso, coligam-se os pensadores ainda nesse chamamento endereçado aos juristas a fim de não se limitem à perpetuação de perspectivas tidas majoritariamente como incontornáveis, na corajosa tarefa intelectual de enfrentar, com contornos jurídicos, o novo que se agiganta perante o fato dado (notável, deveras, a perspicácia do historiador – historiador! – em conclamá-la).

Portanto, frente a tudo quanto exposto, é de concluir-se pela possibilidade de, sim, ser formulado traçado teórico que, jamais incauto metodologicamente e conhecedor das rupturas que existem entre todos

os autores discutidos, abarque todos eles, forte na posição segundo a qual o Direito suplanta individualidades, está para além de pessoas, para além do Estado, e diz, entidade viva e autônoma que é, sobretudo com organização social na exata forma como apontara, e o confirmara os pensadores mencionados, Santi Romano no início do século XX.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, **Ética a Nicômacos**. Tradução de Mário da Gama Kury. 4 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, Livro V.

AVONZO. Franca de Marini. **Diritto Romano e Diritto Privato. Letture de F. K. Von Savigny**. Torino: Giappicheli Editore, 1995.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1998.

BELLONI Ilario; RIPEPE, Eugenio. **Incontro con Paolo Grossi**. Pisa: Plus-Pisa University Press, 2007.

BENTHAM. J. **Tratados de Legislacion Civil y Penal**. Tradução de Ramon Salas. Madrid: Editora Nacional, 1981, tomos I-V.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Trad. Ludovico Garmus. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

BILLIER. Jean Cassien; MARYOLI. Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. Barueri: Manole, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 4.ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Tradução de Márcio Pugliese et al. São Paulo: Ícone, 2006.

\_\_\_\_\_. Teoria e Ideologia nella Dottrina di Santi Romano. In: RUFFIA, B. P. (Org.). **Le Dottrine Giuridiche di Oggi e L'insegnamento di Santi Romano**. Milano: Giuffrè, 1977.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BORDEAU, F. **Historie Du Droit Administraif**. Paris: PUF, 1995.

BURKE, E. **Reflexões sobre a Revolução Francesa**. Brasília: UNB, 1982.

CALAMANDREI, Piero. **Studi Sul Processo Civile**. Padova: CEDAM, 1934, v. III.

CAPOGRASSI, G. Saggio sullo Stato. In: \_\_\_\_\_. **Opere**. Milano: Giuffrè, 1959.

COMTE, A. Curso de Filosofia Positiva. Excertos. **Comte e Durkheim**. Tradução de José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril, 1973. (Coleção Os Pensadores).

\_\_\_\_\_. Discurso sobre o Espírito Positivo. Excertos. **Comte e Durkheim**. trad. José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril, 1973. (Coleção Os Pensadores).

CONSTANT, Benjamin. **Curso de Política Constitucional**. Tradução de D. J. C. Pages. Paris: Librería de Rosa, 1825.

COSTA, Pietro. **Iurisdicito. Semantica del Potere Politico nella Pubblicistica Medievale**. Milano: Guiffè, 2002.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus Inimigos: a Repressão Política na história do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

\_\_\_\_\_. A Nação contra o Estado. A Ciência do Direito Internacional no 'Rissorgimento' Italiano. IN: \_\_\_\_\_;

DIEZ DEL CORRAL, Luís. **El Liberalismo Doctrinario**. Madrid: CEC, 1984.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. **Diritto Costituzionale. Istituzioni di Diritto Pubblico**. 13 ed. Napoli: EJ. 1983.

DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.

\_\_\_\_\_. Il Diritto Soggettivo e La Funzione Sociale. In: \_\_\_\_\_. **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**, a cura di Augusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappichelli Editore, 2003.

\_\_\_\_\_. Il Problema dello Stato: La Soluzione Metafisica e il concetto di Sovranità. *in* \_\_\_\_\_. **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**, a cura di Augusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappichelli Editore, 2003.

\_\_\_\_\_. Il Servizio Pubblico: Perché Scompare il Sistema di Diritto Pubblico Fondato Sulla Nozione di Puissance Publique? *in* \_\_\_\_\_. **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**, a cura di Augusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappichelli Editore, 2003.

\_\_\_\_\_. La Concezione Realista dello Stato. *in* \_\_\_\_\_. **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**, a cura di Augusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappichelli Editore, 2003.

\_\_\_\_\_. La Crisi dello Stato Moderno. Dialogando con Woodrow Wilson. *in* \_\_\_\_\_. **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**. a cura di Augusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappuchelli Editore, 2003;

\_\_\_\_\_. La Solidarietà Sociale. *in* \_\_\_\_\_. **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**. a cura di Augusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappuchelli Editore, 2003;

\_\_\_\_\_. **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**. a cura di Augusto Barbera et al. Tradução de M. Panarari. Torino: Giappuchelli Editore, 2003.

\_\_\_\_\_. Lo Stato e il Diritto: La proprietà. *in*: \_\_\_\_\_. **Le Trasformazioni Dello Stato: Antologia di Scritti**. a cura di Augusto Barbera et al. trad. M. Panarari. Torino: Giappuchelli Editore, 2003.

\_\_\_\_\_. **Souveraineté et Liberté**. Paris: Félix Alcan, 1922.

DURKHEIM, E. As Regras do Método Sociológico. Excertos. **Comte e Durkheim**. Seleção de textos José Arthur Giannotti. Trad. Carlos Alberto Ribeiro de Moura. Et al. São Paulo. Abril Cultural, 1978, p. 102. (Coleção os Pensadores).

\_\_\_\_\_. **A Divisão do Trabalho Social**. Tradução de Maria Inês Mansinho et al. Lisboa: Presença, 1977, v. I.

DUTRA, Luiz Henrique de Araújo. **Oposições Filosóficas: A Epistemologia e suas Polêmicas**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2005.

FINOCCHIARO, F. Il Diritto ecclesiastico. In: RUFFIA, B. P. (Org.). **Le Dottrine Giuridiche di Oggi e L'insegnamento di Santi Romano**. Milano: Giuffrè, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.



GROSSI, Paolo. Da Sociedade de sociedades à insularidade do Estado entre Medieval e Idade Moderna. In: \_\_\_\_\_. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. O Direito entre Poder e Ordenamento. In: \_\_\_\_\_. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010b.

\_\_\_\_\_. **El Orden Jurídico Medieval**. Tradução de Francisco Tomás y Valiente et al. Madrid: Marcial Pons, 1996.

\_\_\_\_\_. Globalização, Direito e Ciência Jurídica. In: \_\_\_\_\_. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. Lo Stato Moderno e la sua Crisi – a Cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano. In: \_\_\_\_\_. **Lezione Inaugurale ai Corsi dell'Anno Accademico 2010/11**. Pisa:\_\_\_\_\_, 2010.

\_\_\_\_\_. **História da Propriedade e outros Ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **L'Europa del Diritto**. Roma-Bari: Laterza, 2007.

\_\_\_\_\_. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. **Primeira Lição sobre Direito**. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. A Propriedade e as Propriedades na Oficina do Historiador In: \_\_\_\_\_. **História da Propriedade e outros Ensaio**s. Tradução de Luiz Ernani Fritoli et al. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. Santi Romano: Un Messaggio da Ripensare nella Odierna Crisi delle Fonti. In: GEMELLI, Giuliana (Org.). **Nuove Scienze Per l'Amministrazione – L'origine della SPISA**: tra Innovazione Istituzionale e normalizzazione accademica. Bologna: Bononia University Press, 2007.

\_\_\_\_\_. **Scienza Giuridica Italiana: Um Perfil Storico, 1860-1950**. Milano: Giuffrè, 2000.

\_\_\_\_\_. Sistema Jurídico Medieval e a Civilização Medieval. In: GROSSI, P. **O Direito entre Poder e Ordenamento**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

\_\_\_\_\_. Un diritto senza Stato. La Nozione di Autonomia come Fundamento della Costituzione Giuridica Medievale. In: \_\_\_\_\_. **Absolutismo Giuridico e Diritto Privado**. Milano: Giuffrè, 1998.

GROTIUS, H. **O Direito da Guerra e da Paz**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Ijuí, 2004. v. I. (Coleção Clássicos do Direito Internacional).

GUIZOT, F. **Mémoires pour servir a l'histoire de mon temps**. Clermont-Ferrand: Paleo, 2003, v. 2.

HADDOCK, B. A. **Uma Introdução ao Pensamento Histórico**. Lisboa: Gradiva, 1989.

HAURIU, Maurice. **La Teoria de la Institucion y de la Fundacion**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

\_\_\_\_\_. An Interpretation of the Principles of Public Law. **Havard Law Review**, 1918  
[http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/Hauriou\\_article\\_Harvard\\_law\\_review\\_1918.pdf](http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/Hauriou_article_Harvard_law_review_1918.pdf) em 2.7.2011.

HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Tradução de Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEMPEL, C. A função das leis Gerais em História. In: GARDINER, P. **Teorias da História**. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1984.

HERCULANO, A. **História de Portugal**. Cartas II e IV. \_\_\_\_;

HESPANHA, Antônio Manuel. **Cultura Jurídica Européia. Síntese de um Milênio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HOBBS, Thomas. **Diálogo entre um Filósofo e um Jurista**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de Um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João de Paulo Monteiro et al. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HORÁCIO, F.V. **Carnina**. Bernhard Wyss, 1947.

JHERING, R.V. **A Finalidade do Direito**. Tradução de José Antônio Faria Correa. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. v. I, II.

\_\_\_\_\_. **O Espírito do Direito Romano: nas Diversas Fases de seu Desenvolvimento.** Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Calvino Filho, 1934.

\_\_\_\_\_. **Serio e Fasceto nella Giurisprudenza.** Firenze: Sansoni 1954.

KANT, Immanuel, **Metafísica dos Costumes. I. Parte. Princípios Metafísicos da Doutrina do Direito.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70. 2004.

\_\_\_\_\_. Resposta à Pergunta: Que é o Iluminismo?. In: \_\_\_\_\_. **A Paz Perpétua e Outros Opusculos.** Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2009.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional.** Tradução de Alexandre Krug. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Princípios do Direito Internacional.** Tradução de Gilmar Antônio Bedin e Ulrich Dressel. Ijuí: Ed. Ijuí., 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral das Normas.** Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Baptista Machado. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas.** 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2009.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Tradução de E. Jacy Monteiro et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os Pensadores).

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MARX, Karl. Crítica da Filosofia do Direito de Hegel – Introdução. In: \_\_\_\_\_. **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel**. Tradução de Rubens Enderle et al. São Paulo: Boitempo, 2005.

\_\_\_\_\_. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. Tradução de Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MEINECKE, F. **El historicismo y su Génesis**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1982.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**. Tradução de Manoel Innocêncio de Lacerda Santos Jr. Brasília: Ed. UNB, \_\_\_\_;

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Coleção Os Pensadores)

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos Gregos ao pós-modernismo**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ORLANDO, V. E. *Principii di Diritto Amministrativo*, \_\_\_\_;

OST, François. **O Tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PLATÃO. **A República**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

RAMOS, Felipe de Farias. A Problemática as Lacunas do Direito no Pensamento Institucionalista de Santi Romano. **Ordenamentos Jurídicos e a Dimensão da Justiça na Experiência Jurídica Moderna e Contemporânea – Diálogo** entre História, Direito e Criminologia. 2010, Florianópolis. Anais Eletrônicos, CPGD-UFSC, disponível em [http://www.iuscommune.ufsc.br/congresso2010/Corpo\\_Anais.pdf](http://www.iuscommune.ufsc.br/congresso2010/Corpo_Anais.pdf). Acesso em 5/5/2011;

\_\_\_\_\_. **Por uma Crítica à Instantaneidade do Direito Moderno: Objeções Romanianas**. Trabalho Apresentado *in* II Workshop de História do Direito: O Papel dos Juristas no Século XX. PRPE. UFSC, Florianópolis, em 22/9/2010;

REALE, Miguel. ABC do Integralismo. In: \_\_\_\_\_. **Obras Políticas. 1. Fase – 1931/137**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1983.

REBUFA, Giorgio. **La Formazione del Diritto Amministrativo in Italia**, Bologna: Mulino, 1981.

ROMANO, Santi. **Corso di Diritto Amministrativo**. 3 ed. Padova: CEDAM, 1937.

\_\_\_\_\_. **Corso di Diritto Costituzionale**. Padova: CEDAM, 1943.

\_\_\_\_\_. **Corso di Diritto Internazionale**. 4. ed. Padova: CEDAM, 1939.

\_\_\_\_\_. **Gli Scritti nel Trattato Orlando**. Milano: Giuffrè, 2003.

\_\_\_\_\_. **Frammenti de un Dizionario Giuridico**. Milano: Giuffrè, 1953.

\_\_\_\_\_. **Il Diritto Pubblico Italiano**. Milano: Giuffrè, 1988.

\_\_\_\_\_. Lo Stato Moderno e la sua crisi. In: \_\_\_\_\_. **Lo Stato Moderno e la sua crisi. Saggi di Diritto Costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969.

\_\_\_\_\_. **Lo Stato Moderno e la sua crisi. Saggi di Diritto Costituzionale**. Milano: Giuffrè, 1969.

\_\_\_\_\_. **O Ordenamento Jurídico**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

\_\_\_\_\_. Osservazioni Preliminari per una Teoria della Funzione Legislativa nel Diritto Italiano. In: \_\_\_\_\_. **Scritti Minori**. Milano: Dott. A. Guiffre Editore, 1950.

\_\_\_\_\_. **Osservazioni sulla Completezza dell'Ordinamento Statale**. Modena: Università Degli Studi di Modena, 1925.

\_\_\_\_\_. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

\_\_\_\_\_. **Scritti Minori**. Milano: Dott. A. Guiffre Editore, 1950.

RUFFIA, B. Paolo (Org.). **Le Dottrine Giuridiche di Oggi e L'insegnamento di Santi Romano**. Milano: Giuffrè, 1977.

SAVIGNY, M. F. C. La Vocazione Del Nostro Secolo Per La Legislazione e La Giurisprudenza. In: MARINI, Giuliano. **La Polemica sulla Codificazione**. A.F.J. Thibaut, F.C. Savigny, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1982.

SAVIGNY, M.F.C. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Tradução de Jacinto Mesia et al. 2. ed. Madri: Centro Editorial de Góngora,\_\_\_\_ (vol. 1/2).

SAVIGNY, F.C. **Sistema Do Direito Romano Atual**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Ijuí. 2004, 8 v.

SCHEUERMAN, W. E. **Carl Schmitt: The End of Law**. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

SCHMITT, Carl. **Legalidade e Legitimidade**. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Conceito do Político**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_. O Führer Protege o Direito. In: MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. **Scritti su Thomas Hobbes**. Milano: Giuffrè, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teologia Política**. Tradução de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.



\_\_\_\_\_. Os Três Tipos de Pensamento Jurídico. In: MACEDO JR. Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a Fundamentação do Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

TARANTINO. Antonio. **La Teoria della Necessita nell'ordinamento Giuridico**. Milano: Giuffrè Editore, 1976.

THIBAUT, A. F. **La Codificación: Una controversia progamatica basada em sus obras: “Sobre la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania” y “De la Vocación de nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho”**. Con adiciones de los autores y jucios de sus contemporâneos. Madrid: Aguilar, 1970.

TOCQUEVILLE. A. **A Democracia na América**. Tradução de Neil Ribeiro da Silva. São Paulo: Folha de São Paulo 2010.

VICO. G. **Opere**. Milão: R. Ricciardi, 1953.

VILLEY, Michel. **A Formação do Pensamento Jurídico Moderno**. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VOLTAIRE. **Comentários Políticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **O Pirronismo na História**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WEBER, Max. A objetividade do Conhecimento nas Ciências e Políticas Sociais. In: WEBER, Max. **Sobre a Teoria das Ciências Sociais**. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Moraes, 1991.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de Antônio Manuel B. Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

ZARKA, Yves Charles. **Un dettaglio nazi nel pensiero di Carl Schmitt**. Tradução de Simone Reggazzoni. Genova: Il Melangolo, 2000.

ZICCARDI, Piero. Il Diritto Internazionale. In: RUFFIA, B. Paolo (Org.). **Le Dottrine Giuridiche di Oggi e L'insegnamento di Santi Romano**. Milano: Giuffrè, 1977.